DIE LEHRE VON DEM RETENTIONSRECHTE NACH GEMEINEN...

Carl Wilhelm Schenck

B 21. 2. 267

Die Lehre

von dem

Retentionsrechte

von

Carl Wilhelm Schenck.

Die Lehre

von dem

Retentionsrechte

nach

gemeinen Rechten

von

Carl Wilhelm Schenck,
Stadtrichter und Stadtschultheißen zu Jena.

Jena,
Friedrich Frommann.

1837.

Vorrede.

Die Rechtswiſſenſchaft beſitzt zur Zeit noch keine Schrift, welche die Lehre des gemeinen Rechtes vom Retentionsrechte mit der einem Handbuche über ſie zu ſtellenden Aufgabe der Ausführlichkeit behandelte, und namentlich die Meinungen der älteren Schriftſteller darüber in der Vollſtändigkeit zuſammenſtellte, in welcher ſie gegeben werden müſſen, will man ihnen nicht ungerecht ihre eigenen Stützen vorenthalten. Iſt es daher meinem Streben auch nicht gelungen, zu leiſten, was wiſſenſchaftliche Forſchung auf dem Gebiete unſerer Unterſuchung wohl ſonſt noch ſchuldig blieb, ſo hoffe ich doch, dieſen Blättern, über deren Entſtehung und Zweck ich den §. IV. der Einleitung nachzuſehen bitte, mindeſtens den Werth der Zuſammenſtellung früherer Anſichten

zugewendet und dadurch spätern Bearbeitungen unserer Lehre das Feld der Forschung zugänglicher gemacht, vielleicht doch auch schon in Etwas gereinigt zu haben. Ob ich vollständig compilirte, ob mir des Gewichtigen Alles bekannt wurde? Gemüht habe ich mich nach Kräften, nichts Erhebliches zu übersehen, und ich hoffe dabei auf die Entschuldigung, daß es gewiß höchst schwierig ist, Vollständigkeit in einer Lehre zu erreichen, welche bisher in Bruchstücken und sehr zerstreut in Schriften anderen Hauptzweckes bearbeitet wurde.

Eine Bemerkung, welche sich mir bei Durchgehung der Quellen unserer Lehre aufdrängte, finde hier schon ihre Stelle, weil sie in der Reihe der nachstehenden Entwickelungen nur practischer Folgen als Fremdling sich dargestellt haben würde. Auch möchte diese Bemerkung darum wohl hier nicht ganz am unrechten Orte seyn, da sie zugleich für die Theilnahme an dem Gegenstande meines Buches als ein Vorwort betrachtet werden kann.

Die Meinung im Gebiete unserer Wissenschaft, daß Moral und Recht fremdartig sich gegenüberständen, hat, abgesehen von rationalen Gründen dagegen, ihren kräftigsten Gegner in der Geschichte der Schöpfung des Rechts, und ich behaupte am sprechendsten in der Geschichte der Ausbildung des römischen Rechtes. Hatte dort auch ursprünglich positive Satzung ein Recht geschaffen, welches in eng gemessenen Schranken die Bestimmung, was Rechtens sey, zusammenhielt und in der Fessel formeller Ausdrücklichkeit die ethisch freie Regung eines Rechtsgefühles despotisch zu erstarren drohte, so trat doch bald, mit nach und nach

übermächtiger Gewalt, das Moralgefühl des Lebens gegen jenes, nur zu oft summum jus als summa injuria zeigende, ſtarre Formenrecht in den Kampf. Das Recht aus des Prätors Hand, das Recht gefunden an der Hand der practiſchen Erfahrung und erprobt an dem zur regen Römerzeit nicht ſchweigenden Rechtsgefühle des Volkslebens, das jus honorarium, war bekanntlich die in immer lebendiger Ergiebigkeit fließende Quelle des billigen Rechtes, durch welche die Ethik des öffentlichen Staats- und Rechtslebens ihren Einfluß auf die Geſetzgebung der Römer ſo mächtig äußerte, daß, wie längſt ſchon bemerkt wurde, dieſelbe ihre große Trefflichkeit vorzugsweiſe jenem Einfluſſe zu verdanken hat. Aequius melius, ex fide bona, ut inter bonos bene agi oportet, judica! Condemna, si in ea re nihil dolo malo, nihil metus causa factum sit! Duntaxat in id, quod facere potest, condemna! Placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque, quam stricti juris rationem! Ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est. So lauteten die von dem Moralgefühle jenem Rechte zur Baſis gegebenen Grundſätze. Handelte es ſich dabei um Geltendmachung eines Zuſtandes, welcher nicht blos das Gefühl der Billigkeit, ſondern auch den Grundſatz der Rechtmäßigkeit für ſich aufrief, ſo konnte freilich leicht deſſen Anerkennung nur als eine Folge des vom Moralprincipe zu ſcheidenden Rechtsprincipes genommen, und in ſolchen Vorgängen nur wieder Beleg für eine ſolche Scheidung gefunden werden wollen; allein daß im Leben der Rechtsausübung dieſe Scheidung nicht begründet war, dafür hat uns das römiſche Recht mindeſtens in denen Inſtituten Beweiſe überliefert, in welchen nicht der Grundſatz der Rechtmä-

ſigkeit, ſondern lediglich das Gefühl einer Billigkeit Recht ſpendend wirkte. Ich will nicht in andern Sphären nach hier zu fodernden Beiſpielen forſchen; die Schöpfung des Retentionsrechtes giebt uns das lauteſte Zeugniß für meine Behauptung.

Wenn unter der fruchtbaren Aegide der exceptio doli generalis die Billigkeit den in der That unrechtlichen Anſprüchen entgegentrat; wenn dieſe Einrede den Zuſtänden der Befriedigung von Nichtſchulden, der erfolgten Erlöſchung nach ſtrengem Rechte noch beſtehender Pflichten, der Anerkennung der Ungültigkeit ungültig entſtandener Obligationen, der Erinnerung zu früh erhobener Foderung, der Erwiederung widerſprechender Vereinbarungen oder überhaupt der Einwendung der Schuldloſigkeit des Beklagten aus andern Gründen, u. dergl. Defenſionen des Beklagten zu Hülfe kam: ſo half ſie nicht ſowohl nur der Billigkeit, ſondern in der That dem factiſch beſtehenden Rechtszuſtande neben ſtricten Rechtsformen zur Geltung. Bei dieſen Zuſtänden eilen materiellerer Stoff, thatſächlicher gehäufte Motive die aequitas praetoris zu einer Hülfe gegen Rechtsſtrenge auf, welche das entſchiedenſte Unrecht zu handhaben drohte.

Anders dagegen war der Schützling jenes aequitas geartet, wenn ſie unſerem *jus retentionis* Eingang in das forum judicii, und Anerkennung als remedium justitiae verſchaffte. Nicht eigentliches Recht, nicht thatſächliche Verhältniſſe, deren Nichtbeachtung zu offenbarem Unrechte Veranlaſſung geworden wäre, ſondern lediglich die Beachtung eines minder ma-

teriell motivirten Gefühles, welches ein Verlangen vor dem Forum des Sittlichen nicht als rechtswidrig, sondern nur als nicht billig zu verwerfen drängte, haben dem Retentionsrechte zur Rechtsgültigkeit verhelfen können. Die Sache des Schuldners, aus der ich mich nicht befriedigen darf, und an der ich überall keine Rechte habe, gleichsam als Geißel bis zu meiner Befriedigung einem rechtsbegründeten Verlangen gegenüber zurückhalten zu dürfen, kann, wenn positives Recht zum Recht es nicht stempelt, nirgends auf Rechtmäßigkeit Anspruch machen wollen; aber billig, ut inter bonos bene agi oportet, kann ein solches Verfahren unter denjenigen Umständen erscheinen, unter denen wir es den späteren Entwickelungen zu Folge von der römischen Gesetzgebung zum Recht auch wirklich erhoben erblicken werden.

Unser Retentionsrecht hat demnach für die Frage nach der Verwandtschaft zwischen Recht und Moral eine nicht unwichtige, rechtsgeschichtlich zu erkennende, Bedeutung, und gewiß mit gutem Grunde einen Anspruch, zu der Zahl der Rechte zu gehören, welche das Resultat des gebildetsten zartesten Rechtsgefühles sind. Die seinem Walten in der verwandtschaftlichen Beziehung zwischen Foderung und Sache gesetzte Schranke, wovon wir uns später überzeugen wollen, gereicht dem ethischen Sinne der Römer für Recht und Billigkeit zur hohen Ehre, da diese Schranke das Gebiet bezeichnet, worin ein so zartgefühltes Recht allein nur (s. unten §. 45. S. 149. z. E. und 150. auch §. 54.) heimathlich gedeihen konnte. —

Nach diesem Vorworte für den Gegenstand meiner Untersuchung füge ich nun noch als Vorwort für nachsichtige Beurthei-

lung meines ganzen Unternehmens an, daß ich auf meinem der Wissenschaft ferner gerückten Standpuncte als Practiker die Abhülfe gefühlter Mängel in Darstellung unserer Lehre mehr nur veranlassen, als selbst leisten wollte.

Jena im März 1837.

Der Verfasser.

Allgemeines

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

Quellen, Litteratur und Methode der Behandlung der Lehre.

Abschnitt I.

Allgemeine Bemerkungen über die Natur des Retentionsrechts.

Abschnitt II.

Die Requisite des Retentionsrechts.

Abschnitt III.

Entstehung des Retentionsrechts und dessen Eintheilungen.

Abschnitt IV.

Die Kategorieen der Connexität der Foderung mit der res retinenda.

Abschnitt V.

Die Wirkungen des Retentionsrechts.

Abschnitt VI.

Die Erlöschung des Retentionsrechts.

Specielles

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

Quellen, Litteratur und Methode der Behandlung der Lehre.

§. I. Quellen. Rechtsgeschichtliche Bemerkungen über die Entstehung des Retentionsrechts. . . . . S. 1

§. II. Methode der frühern Behandlung unserer Lehre . . — 8

§. III. Die Litteratur unserer Lehre.

I. Schriften über Retentionsrecht überhaupt. . . — 17

II. Schriften über einzelne Fragen und Verhältnisse des Retentionsrechts. . . . . — 23

§. IV. Der Plan meiner Untersuchungen . . . . . — 27

Abschnitt I.

Allgemeine Bemerkungen über die Natur des Retentionsrechts.

§. 1. Das Retentionsrecht als exceptio doli . . . . S. 30

§. 2. Bedeutung des Wortes retinere, retentio. Synonyma. — 32

§. 3. Begriff des Retentionsrechtes. Ist es Wirkung des Besitzes? — 36

§. 4. Das jus retentionis als eigenthümlich geartetes Recht. Es ist zu unterscheiden a) von dem Rechte der Rückhaltung der Sache, welches Ausfluß eines andern Vertrages oder sonstigen Rechtsverhältnisses ist . . . . . — 39

§. 5. Es ist ferner zu unterscheiden b) von dem Rechte, die Sache des Schuldners, wenn Gefahr der Befriedigung vorhanden ist, in den Besitz desselben nicht zurückgelangen zu lassen . . — 43

§. 6. Ueber die Verwandtschaft des jus retentionis mit andern Rechten und zwar a) mit der compensatio. Meinungen Anderer. — 47

§. 7. Verschiedenheiten zwischen compensatio und retentio . — 49

§. 8. Zustände, worin compensatio und jus retentionis sich gleichen. Beurtheilung der Meinung, die retentio umfasse im weitern Sinne auch die compensatio . . . . . S. 52
§. 9. Folgerungen aus §. 7. u. 8. für die Frage des §. 6. . — 54
§. 10. Das mit der compensatio verbundene Rückhaltungsrecht ist eine retentio jure compensationis, nicht retentionis . . — 57
§. 11. Ueber die Verwandtschaft des jus retentionis b) mit dem Pfandrechte. Verschiedenheiten zwischen beiden Rechten . . — 58
§. 12. Zustände, in denen beide Rechte sich gleichen . . . — 61
§. 13. Folgerungen aus §. 11. u. 12. . . . . — 62
§. 14. Verwandtschaft des jus ret. c) mit noch andern Rechten, arrestum, protestatio, repressalinae, executio . . — 64
Unterschied des jus ret. von der Pfändung . . . — 65
§. 15. Ueber die Regel, wovon das jus ret. die Ausnahme bildet. Ist das jus ret. erlaubte Selbsthülfe? . . . . — 65
§. 16. Das Retentionsrecht ist ein accessorisches, untheilbares, persönliches, nicht subsidiäres Recht . . . . . — 69

Abschnitt II.

Die Requisite des Retentionsrechtes.

§. 17. Die wesentlichen Erfordernisse zur Ausübung des Retentionsrechtes . . . . . — 74
§. 18. 1) Der das Retentionsrecht ertheilende Rechtsgrund . — 75
§. 19. 2) Der Besitz des Retinenten. a) für das jus ret. ist nur die naturalis possessio erforderlich . . . . . — 76
§. 20. Fortsetzung. Verhältniß der possessio civilis zum Retentionsrechte . . . . . — 78
§. 21. Beurtheilung der Frage, ob nicht dann, wenn der Stellvertreter den Besitz sich gar nicht zueignen will, sondern aus einer andern justa causa dem juristischen Besitzer die Herausgabe der Sache verweigert, das Stellvertretungsverhältniß den letztern mindestens befähigt, einem Dritten gegenüber das jus retentionis auszuüben . . . . . — 81
§. 22. b) Gewährt quasi possessio das Retentionsrecht? Diese Frage wird verneinenden Meinungen entgegen bejahet . . — 83
§. 23. c) Die possessio muß im Verhältniß zu dem Retentionsgegner nicht malae fidei und nicht vitiosa seyn . . . — 87
§. 24. Behauptete Ausnahmen von der Regel des §. 23. werden widerlegt . . . . . — 90

§. 25. d) Ueber den Anfang des Besitzes bei dem Retentionsrechte. Dieses Recht ist kein jus adprehendendi, sondern nur continuandi possessionem . . . . . S. 93

§. 26. 3) Die zum Retentionsrechte geeignete Sache. a) Eine dem Commerz unterworfene Sache . . . . . — 96

§. 27. b) res corporalis, incorporalis, mobilis, immobilis, singularis, universalis, fungibilis, non fungibilis. Kirchen-, Lehn-, wie Allodial-Güter . . . . . — 98

§. 28. c) Eine dem Retentionsgegner gehörige Sache. Sie braucht keine res aliena, oder dem Retentionsgegner eigenthümlich gehörige zu seyn. Falsche und richtige Beispiele des Retentionsrechts an eigener Sache . . . . . — 100

§. 29. Können Sachen eines Dritten, d. i. eines Andern, als des Schuldners retinirt werden? . . . . . — 103

§. 30. Das Retentionsrecht an der Sache eines Dritten, wovon der Schuldner später Eigenthümer wird . . . . . — 107

§. 31. d) Muß die Sache Sicherheit zu gewähren geeignet seyn? Muß sie in einem Werthsverhältnisse zur Größe der Foderung stehen? — 108

§. 32. e) Unterliegen Sachen dem Retentionsrechte, welche dem Schuldner zum Lebensbedarfe oder Geschäfte unentbehrlich sind? . — 110

Um einem Mißverständnisse vorzubeugen, füge ich hier als Zusatz zu §. 32. hinzu:

Sobald die Sachen qu. eigentliche Alimente sind, unterliegen sie nach §. 26. in fin. dem Retentionsrechte nicht; allein man beachte wohl, daß nicht alle zum Lebensbedarfe unentbehrlichen Dinge Alimente sind, welche der Alimentar zum Fortleben nicht missen kann. M. s. Glück Com. Bd. 28. S. 52 sq. 58.

§. 33. f) Können Handlungen des Retinenten Gegenstand des Retentionsrechts seyn? Verhältniß der exceptio non adimpleti contractus zum Retentionsrechte . . . . . — 112

§. 34. 4) Die Foderung, für welche retinirt wird. a) Allgemeine Bemerkungen . . . . . — 115

§. 35. b) Das Verhältniß der Foderung zu dem Retentionsgegner. Begriff des letztern . . . . . — 116

§. 36. c) Die Foderung muß eine wahre, gesetzlich nicht reprobirte seyn, und kann auf bürgerliche oder natürliche, persönliche oder dingliche obligatio sich gründen . . . . . — 117

§. 37. d) Begründet eine noch betagte oder suspensiv bedingte Foderung das Retentionsrecht? Die Meinungen Anderer darüber. — 119

§. 38. Beurtheilung dieser Meinungen . . . . . — 121

§. 39. Fortsetzung. Beantwortung der Frage . . . . . S. 125
§. 40. e) Muß die Foderung eine liquide seyn? . . . . — 128
§. 41. f) Muß die Foderung mit der res retinenda connex seyn? Autoritäten dafür und dagegen. Begriff der Connexität . — 131
§. 42. Fortsetzung. Die Gründe der verneinenden Meinung . — 134
§. 43. Fortsetzung. Die Gründe der bejahenden Meinung . — 137
§. 44. Fortsetzung. Beurtheilung der Gründe beider Meinungen:
a) der verneinenden . . . . . — 138
b) der bejahenden . . . . . — 142
§. 45. Fortsetzung. Beantwortung der Frage des §. 41. Ursprüngliche und positive Connexität . . . . . — 144

Abschnitt III.

Entstehung des Retentionsrechts und dessen Eintheilungen.

§. 46. A) Entstehung und Eintheilung des Retentionsrechts nach seinem Rechtsgrunde. Jus ret. volantarium und jus ret. legale sive necessarium; ersteres wird subdividirt in jus ret. conventionale und testamentarium . . . . . S. 151
§. 47. a) Vom jus ret. voluntarium. Dessen Verhältniß zum gesetzlichen Retentionsrecht . . . . . — 152
§. 48. Das jus ret. volunt. kann auch stillschweigends errichtet werden. — 158
§. 49. Ist das jus ret. testamentarium ein conventionale? . — 160
§. 50. b) jus ret. legale. Findet dasselbe nur in den von den Gesetzen ausdrücklich benannten Fällen statt? . . . — 162
§. 51. B) Unrichtige Eintheilungen des Retentionsrechts . . — 165
§. 52. a) jus ret. qualificatum vel simplex, materiale vel formale. — 166
§. 53. b) jus ret. perpetuae vel temporalis, judiciale vel non judiciale sive extrajudiciale, permissivae vel praeceptivae, generale vel speciale, facti und juris, commune vel saxonicum, und retentio quae causam trahit e re vel specie retenta und quae ab Ipsius debiti natura . . . — 169

Abschnitt IV.

Die Kategorieen der Connexität der Foderung mit der res retinenda.

§. 54. Die von der Doctrin aufgestellten Kategorieen. Deren Beurtheilung . . . . . S. 173

§. 55. Die aufzustellenden Kategorieen sind: 1) die Foderung entstand aus Aufwänden in die Sache, oder in Beziehung auf dieselbe, 2) die Foderung entstand aus demselben Rechtsverhältnisse, auf welches das Recht der Abfoderung der Sache sich gründet, 3) die Foderung empfing durch die Sache ihre Entstehung und Begründung, und 4) die Sache wurde durch Gesetz oder voluntas des Betheiligten in ein zu Gunsten der Foderung wirken sollendes Verhältniß gebracht . . . . . S. 178

§. 56. Kategorie I. 1) Allgemeine Bemerkungen . . — 181

§. 57. 2) Einzelne Retentionsfälle dieser Kategorie.

a) der Fall, wenn der Inhalt der Foderung im Allgemeinen zum Nutzen der Sache verwendet worden war . . — 182

b) wenn diese Verwendung in der Meinung, die Sache sey die eigene des Verwenders, geschah . . . — 185

c) wegen Aufwände aus Geschäftsführung . . . — 185

d) das jus ret. der Sachwalter, des Notarius, überhaupt des Mandatars oder Procurators an den ihnen übergebenen Sachen, Urkunden, Manualacten . . . — 186

e) der Fall der l. 53. §. 4. D. de furtis 47, 2. §. 33. 34. Inst. de rer. div. 2, 1. . . . . — 187

§. 58. Prüfung einzelner Fälle und zwar des Retentionsrechts

f) des Schriftstellers an seinen Manuscripten . . — 190

g) der Handwerker, Künstler und aller, welche an einer Sache oder an Ansehung derselben thätig waren, wie Schneider, Schuhmacher, Uhrmacher, Hufschmidte, Wagner, Roßärzte, Goldarbeiter, Bauunternehmer, Briefträger, Lohnbedienten, Fuhrleute u. dergl. m. . . . . — 191

h) der Gast- und Stallwirthe . . . . . — 193

i) der Schiffsrheder, Billardeurs, Scheak- und Speisewirthe — 194

k) der Schüler und Anderer, welche für die Krankheit oder das Begräbniß eines andern Schülers Aufwände machten, an des Letztern Büchern . . . . . — 194

l) an den ab hostibus redemptis und des jus ret. des Gefangenwärters am Gefangenen . . . . — 195

m) des Gesindes am Gesindedienste . . . . — 196

§. 59. Fortsetzung. Prüfung des jus ret.

n) des Pfandgläubigers an Pfande wegen Verwendungen in dasselbe . . . . . — 197

o) des Verkäufers und des Käufers wegen Aufwände in die res vendita . . . . . — 197

p) des conductor wegen Aufwände auf die res locata. — 198

q) des Bürgen an der durch Zahlung befreiten Sache des Schuldners . . . . . S. 198
r) des Darleihers an dem ihm ungültig verpfändeten Mündelgute . . . . . — 198
s) des Käufers an dem ihm ungültig verkauften Mündelgute. — 199
t) des bon. fid. possessor wegen Haus-Bau- und Reparaturkosten, und des Pfandgläubigers wegen Impensen gegen den bevorzugteren Pfandgläubiger . . — 199
u) des bon. fid. possessor wegen Aufwandes für den Fruchtgenuß . . . . . — 200
v) des Wiederverkäufers gegen den Wiederkäufer . — 202
w) der Kaufleute und Spediteurs am Commissions- und Speditionsgute . . . . . — 202
§. 60. Das jus ret. des Ehemannes wegen Verwendungen auf die dos an dieser. . . . . — 203
§. 61. Das Retentionsrecht des Commodatars und Depositars wegen Impensen . . . . . — 209
§. 62. Kategorie II. 1) Allgemeine Bemerkungen . . — 215
und 2) einzelne Retentionsfälle als deren Belege, und zwar
a) das jus ret. des Ehemannes an der dos ex l. 55. D. 24, 3. ferner ex l. 1. §. ult. D. 33, 4. u. l. 25. §. 4. D. 24, 3. auch wegen seiner Erbansprüche . . — 216
b) das jus ret. des Erben wegen der Falcidia, Trebellianica quarta u. der legitima an der Erbmasse ꝛc. . — 217
c) das jus ret. des Käufers am Kaufgelde wegen drohender Eviction . . . . . — 218
d) des Schuldners am Betrage der Schuld, bis das von ihm gezahlte fremde Geld vom Gläubiger ihm zurückgegeben wurde . . . . . — 219
Erklärung der l. 18. §. ult. D. 13, 6. . . . — 220
§. 63. Fernere Retentionsfälle und zwar
e) das jus ret. des Pfandgläubigers am Pfande wegen der mit der actio pignorat. contraria zu verfolgenden Gegenansprüche, für welche das Pfand nicht haftet . . — 223
f) das jus ret. wegen mit einer Gegenklage zu verfolgender Ansprüche . . . . . — 224
g) das jus ret. des Vormundes gegen den Mündel . — 225
h) des locatoris an der res locata . . . . — 226
i) des Proprietars gegen den Usufructuar . . . — 226
§. 64. k) das Retentionsrecht der Ehefrau an dem Vermögen des Ehemannes. . . . . — 227

§. 65. Kategorie III. 1) Allgemeine Bemerkungen . . S. 229
§. 66. 2) Retentionsfälle dieser Kategorie.
a) das jus ret. an der schädlich gewesenen Sache . . — 231
b) das jus ret. an einer Schaden drohenden Sache wegen Befreiung von deshalb geleisteter cautio de damno infecto — 232
c) an derselben bis zu geleisteter cautio . . . . — 233
§. 67. Kategorie IV. 1) Allgemeine Bemerkungen . . — 234
§. 68. 2) Einzelne Retentionsfälle dieser Kategorie. Das jus ret.
a) ex lege 26. §. 4. D. de condictione indebiti. 12, 6. — 236
b) ex lege 1. pr. D. de pign. 20, 1. c) ex lege 7. §. 5. D. de reb. eor. qui sub tut. 27, 9. d) ex lege 23. §. 1. D. de cond. indeb. 12, 6. . . . — 239
§. 69. e) das Retentionsrecht des Pfandgläubigers am Pfande für in dem Pfandrechte nicht begriffene Foderungen. Grund desselben. — 241
§. 70. Erklärung der l. 11. §. 3. D. 13, 7. — l. 4. u. 22. Cod. 4, 32., welche entgegenzustehen scheinen . . . — 245
§. 71. Entwickelung der Befugnisse aus dem nach l. un. C. 8, 27. zustehenden Retentionsrechte.
a) Steht das jus ret. qu. nur dem Faustpfandgläubiger, oder auch jedem andern Pfandgläubiger, wenn er das Pfand besitzt, zu? . . . . . — 253
b) Kann das fragliche jus ret. nur wegen einer Foderung aus Darlehn, oder wegen jeder andern Foderung ausgeübt werden? . . . . . — 255
c) Ist für das jus ret. qu. erforderlich, daß die Pfandschuld noch nicht getilgt sey? . . . . . — 255
d) Kann nur das Pfand, oder auch die hypotheca retinirt werden? . . . . . — 256
e) Das jus ret. qu. kann nur gegen den Schuldner und dessen Erben, nicht auch gegen Dritte ausgeübt werden. — 257
f) Steht dasselbe dem Pfandgläubiger für ihm cedirte chirographarische Foderungen zu? . . . . . — 260
g) Hat der secundus creditor nach geübtem jus offerendi das fragliche Retentionsrecht? . . . . . — 261
h) Kömmt auf die Zeit der Entstehung der chirographarischen Foderung etwas an? . . . . . — 262
i) Wirkt ein ungültiges Pfandrecht das jus ret. qu.? . — 262
k) Ueber die Meinung, daß wegen solcher Foderungen, für welche schon ein Pfandrecht an einer andern Sache bestellt sey, unser jus ret. nicht statt finde, wenn das Pfand an der andern Sache jene Foderungen decke, daß dagegen das

jus ret. auch hier statt finde, sobald das Pfand ungenügend sey . . . . . S. 263
l) Rechte des Afterpfandgläubigers und die Frage nach dem Verlöserungs- und Compensationsrechte des ex l. un. C. cit. retinirenden Pfandgläubigers . . . . — 263
m) Aenderung durch Vertrag . . . . . — 264
n) Hat der Rückverkäufer bei dem pacto de retro vendendo das jus ret. qu.? . . . . . — 266
§. 72. f) Das vertragsmäßige Retentionsrecht . . . . — 267

Abschnitt V.

Von den Wirkungen des Retentionsrechts.

§. 73. Die Zwecke sind: Anregung des Schuldners zur Befriedigung der Foderung, und Sicherung derselben . . . . — 268
§. 74. Die Wirkungen des Retentionsrechtes, welche Folgen der Zwecke desselben sind . . . . . — 273
§. 75. Das Retentionsrecht wirkt nur Inhabung, nicht Benutzung und Veräußerung der Sache . . . . . — 274
§. 76. Pflichten des Retinenten in Bezug auf die Sache:
a) Für welchen Grad der culpa haftet er? und hat er auch für den Zufall einzustehen? . . . . . — 276
b) Hat er eine Pflicht zur Verwaltung der res retenta? — 279
c) Widerrechtliche Retention wirkt die Pflicht zur vollständigsten Entschädigung. Ueber die Frage, ob der Retinent für die custodia rei eine Vergütung, z. B. Lagergeld zu fodern befugt sey . . . . . — 281
§. 77. Das jus ret. wirkt kein jus praelationis, und nicht gegen Dritte, sondern nur gegen den Retentionsgegner und dessen Erben, daher stärkere Rechte eines Dritten das Retentionsrecht besiegen . . . . . — 282
§. 78. Gewährt das jus ret. dann bessere Rechte gegen den Vindicanten der Sache, wenn es älter ist, als das auch von dem ursprünglichen Retentionsgegner herstammende dingliche Recht desselben auf die Sache? . . . . . — 285
§. 79. Ueber etwaige Ausnahmen von den Grundsätzen der §§. 77. 78. — 294
§. 80. Das Retentionsrecht gewährt, wenn es nicht ein verwilligtes ist, kein Klagrecht . . . . . — 299
§. 81. Der Retinent, welcher nicht Quasipossessor ist, hat auch nicht die remedia retinendae et recuperandae possessionis . — 302

§. 82. Gegen das Retentionsrecht ſteht Reſtitution zu. Findet auch gegen den Verluſt deſſelben Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſtatt? . . . . . S. 306
§. 83. Das Retentionsrecht wirkt nur eine dilatoriſche Einrede. Deren Wirkung. Wenn iſt ſie vorzuſchützen? . . . . — 312
§. 84. Dauer der Einrede des Retentionsrechts . . . . . — 316
§. 85. Kann das Retentionsrecht auf Andere übertragen werden? — 319
§. 86. Kann derjenige, welcher eine Foderung titulo singulari erwarb, verlangen, daß ihm ein dafür dem Autor zugeſtandenes Retentionsrecht mit abgetreten werde? . . . . . — 325
§. 87. Schließt das jus retentionis die ſubſidiären Klagen aus? — 328

Abſchnitt VI.

Von der Erlöſchung des Retentionsrechts.

§. 88. Allgemeine Bemerkungen . . . . . — 331
§. 89. I. Wegfall des Rechtsgrundes des Retentionsrechts . . — 332
und zwar durch a) Entſagung . . . . . — 332
b) Zeitablauf . . . . . — 334
c) Reſolutivbedingung, d) Wegfall des Rechts des Verleihers, ſowie e) des Rechts jedes Retentionsgegners auf die res retenta . . . . . — 336
f) Selbſthülfe . . . . . — 337
g) Novation . . . . . — ebd.
§. 90. h) Iſt der Retinent verbunden, gegen Cautionsleiſtung ſein Retentionsrecht aufzugeben? . . . . . — ebd.
§. 91. i) Erlöſcht das jus ret. durch Mißbrauch der res retenta? — 342
§. 92. k) Erlöſcht das jus ret. durch einen über den Schuldner und reſp. den Retentionsgegner ausgebrochenen Concursprozeß? — 346
§. 93. II. Verluſt des Beſitzes der zu retinirenden Sache . . — 354
§. 94. III. Wegfall der Foderung, für welche retinirt wird . — 356

Einleitung.

Quellen, Litteratur und Methode der Behandlung unserer Lehre.

§. 1.
Quellen.

Die Sammlung des römischen Rechtes in unserm Corpus juris romani zeigt uns keine einzige Gesetzesquelle, welche das Retentionsrecht als ihren Hauptgegenstand selbstständig behandelt, nach seiner Bedeutung und seinem Umfange legislativ normirt, oder auch nur weiter aus- und fortzubilden zur Aufgabe gehabt hätte. Wir kennen keinen Volks- oder Senats-Beschluß solchen Inhaltes, und auch die nicht sehr zahlreichen kaiserlichen Constitutionen, welche über unser jus retentionis Bestimmungen enthalten, erwähnen theils nur des schon Gültigen in einer Anwendung auf einen besondern practischen Fall oder ein besonderes Rechtsverhältniß, theils beschränken oder erweitern sie das Gemeingültige in einer solchen Anwendung aus speciellen, dem Hauptgegenstande ihrer Bestimmung gewidmeten, Rücksichten [1]).

1) Man sehe u. a. l. 11 u. 16 Cod. de rei vind. 3, 32. l. 1 Cod. si al. res pign. 8, 16. l. 14 u. 16 Cod. de praed. et al. reb. min. 5, 71. l. 10 l. 18 Cod. ad Leg. Falc. 6, 50. l. 1. 4 Cod. ad S. C. Treb. 6, 49. l. 21 Cod. fam. erc. 3, 36. l. 24 Cod. de evict. 8, 45. l. 4 Cod. de in lit. dando tut. 5, 44. (verb. „more solito") l. ult. Cod. de commodatn. 4, 23. l. 5 Cod. in quib. caus. pign. 8, 15. welche alle das Gemeingültige

Ueberhaupt alle Gesetze, welche das Retentionsrecht betreffen, zeigen uns dasselbe nur in einer Anwendung, welche den Inhalt der damit verbundenen Befugnisse aus der speciellen Handhabung und den Grundsätzen der damit in Berührung tretenden Rechtsverhältnisse mehr abrathen, als aus ausdrücklichen Gesetzesworten umfassend erkennen läßt [2]). Nehmen wir nun noch hinzu, daß unsere Quellen das Retentionsrecht als *exceptio*, folglich als eine Schöpfung des prätorischen Rechtes, bestimmt bezeichnen, so ist bei solchen geschichtlichen Vorlagen die Behauptung gewiß begründet, daß die Lehre des Retentionsrechtes ihre Ausbildung im römischen Rechte nur der Praxis zu verdanken habe. Wir finden zwar schon frühe Spuren dieses Rechtes aus der Zeit des alten römischen Civilrechtes, wie die retentiones ex dote zeigen, wovon *Ulpiani* fragmenta tit. 6 §. 9—17. *Fragmenta vaticana* §. 106—108 u. 120. L. 2 Cod. Theodos. de dotibus 3, 13 und l. 2. de repudiis. ibid. 3, 16. L. 5 Cod. Theodos. de revocand. donat. 8, 13 und *Jac. Gothofredus* in Commentar. ad has leges Codic. Theodos. l. un. §. 5 Cod. Just. de rei ux. act. 5, 13. l. 5 D. de impens. in res dotal. 25, 1. l. 56. §. 3 D. de jure dot. 23, 3. l. 5 D. de dote praeleg. 33, 4. *Pauli* recept. sent. Lib. I tit. 21.

---

in concreto anwenden heißen, ferner: l. un. §. 5 Cod. de rei ux. act. 5, 13. l. 11 Cod. depos. 4, 34. welche es beschränken und l. un. Cod. etiam ob chir. pec. 8, 27. welche es erweitert.

2) Man sehe außer den in Not. 1) citirten Gesetzen noch l. 33. D. de cond. ind. 12, 6. l. 50 §. 1 D. de her. pet. 5, 1. l. 17. l. 39 §. 1 D. ib. l. 15 §. 2 l. 59. D. de furtis 47, 2. l. 2 pr. D. de lege Rhod. 14, 2. l. 14. §. 1 D. com. div. 10, 3. l. 27 §. 5. l. 30. 48. 65. de rei vind. 6, 1. l. 14 D. de dol. mal. exc. 44, 4. l. 9 pr. §. 1. D. d. a. r. d. 41, 1. l. 1. pr. D. quib. mod. pign. 20, 6. §. 30—34. Inst. de rer. div. l. 55. D. sol. matr. 24, 3. l. 25 §. 4. ib. l. 14 §. 2. l. 21 D. ad S. C. Treb. 36, 1. l. 18 §. 1 D. de per. et com. rei vend. 18, 6. l. 94 pr. D. de solut. 46, 3. l. 1 §. 2. l. 8. pr. §. 1 u. 5. l. 36. pr. D. de pign. act. 13, 7. l. 61 §. 1. 3. D. de furt. 47, 2. l. 6. 7. §. 2. l. 9. pr. D. de damno inf. 39, 2. l. 9 §. 3 D. rb. l. 8 D. de incend. ruin. 47, 9. l. 26. §. 4 D. de cond. ind. 12, 6. l. 1 pr. D. de pignor. 20, 1. l. 23 §. 1 D. 12, 6. l. 7 §. 5. D. de reb. eor. qui sub tut. 27, 9. u. a. m.

§. 11. uns, leider aber nur sehr unvollständige, Kunde geben. Allein auch bei ihnen ist nach dem, was wir von diesen Retentionen wissen, ihre rechtliche Gestattung auch nur eine Anwendung des practisch sich Gebildeten gewesen; denn sie fanden gegen das judicium bonae fidei der actio rei uxoriae statt, und obschon sie von Kaiser Julianus in l. 2 Cod. Theod. de dotib. *retentiones ex jure venientes* genannt und vom Kaiser Theodos II. in dem Lib. Novell. tit. 17 de repudiis nicht blos als ex responsis prudentium, sondern auch als ex *legibus* herstammend (verb. ad veteres leges responsaque prudentium revocari censemus) bezeichnet werden, so bestätigt sich die Behauptung ihres practischen Ursprunges doch wohl entschieden aus Folgendem. Die retentiones ex dote traten in dem judicio bonae fidei der actio rei uxoriae nicht als civilrechtliche Defension, sondern auch nur als prätorische *exceptio* entgegen, da sie, insofern sie auch sofortige deductiones ex dote, eine sofortige perceptio partis dotis, oder eine compensatio cum dote verfolgten, eigentliches Retentionsrecht nur dann und oft nur implicite mit geltend machten, wo jene sofortige Ab- und Aufrechnungen wegen der Eigenthümlichkeit der Dotalsachen sich nicht realisiren ließen; es war mithin die formelle Aufstellung der sie geltend machenden exceptio lediglich die der exceptio compensationis, welche in judicio nur als exceptio doli (generalis) Eingang fand [3]). Diese allgemeine Exceptionsform, welche alle in dem Edicte nicht mit besondern Formeln versehenen und daher auch nicht besonders benannten, aber auf anerkannter Billigkeit beruhenden Einwendungen des Beklagten umfaßte, war bekanntlich kein Product der ausdrücklichen civilen Legislation, sondern in der Praxis der Gerichte durch das gefühlte Bedürfniß der Milderung und Erweiterung der strengen civilrechtlichen Vertheidigung des Beklagten entstanden. Die retentiones ex dote waren demnach in der That nichts weiter als exceptiones doli

3) Krug, die Lehre von der Compensation. Leipzig 1833. §. 1. 6. 8. 14. 15. 16. 17.

generalis, und darum als solche rein practischer Entstehung [4]). Für diesen Ursprung derselben besitzen wir ein sehr gewichtiges Zeugniß in des Anitius Manlius Severinus *Boëtius* Commentarius in Topica Ciceronis Lugduni. 1536. Lib. VI. pag. 130. Wo es heißt: „Est jurisconsultorum provinciae, privatarum quaestio causarum: maxime in illis negotiis hic causarum locus examinabitur, in quibus bonae fidei judicia nectuntur. In his enim qui fuerit animus contrahentium quaeri solet: qui deprehendi vix poterit, nisi praecedentibus causis intelligatur. In his igitur judiciis in quibus additur, ut ex bona fide judicent: id est ubi ita judices dantur, ut non strictas inter litigantes stipulationes, sed bonam fidem quaerant: plurimus causarum usus est. Additur, ut inter bonos bene agier oportet. considerantur mores: inquiruntur consilia: statuitur quibus quidque de causis administratum sit. *Inprimisque in judicio uxoriae rei uberrimus causarum tractatus est.* Est autem judicium uxoriae rei, quoties post divortium, de dote contentio est. Dos enim licet matrimonio constante in bonis viri sit, est tamen in uxoris jure, et post divortium velut res uxoria peti potest. *Quae quidem dos interdum his conditionibus dari solebat, ut si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius aequius esset, apud virum remaneret: reliquum dotis restitueretur uxori. idest ut quod ex dote judicatum fuisset, melius aequius esse ut apud virum maneret,*

4) Ueber diese alten retentiones vergleiche man: *Jacob Gothofredus* Commentar Cod. Theodos. Tom. I. pag 169. Tom. II. pag. 343 – 345. 357. 662, und *Joh. Dan. Ritter* in Comment. ad Lib. Novellar. Theodos. II. ad tit. 17. pag. 54. Not. f. *Schulting ius* jurisprud. Antejustinianea. pag. 583 sq. Not. 28 – 31. *Valets* diss. de retentionibus ex dote faciendis. Gotting. 1820. (der sie §. 2 – 5 ausdrücklich für exceptio doli erklärt). F. W. von Tigerström des römische Dotalrecht. Berlin 1831. 1832. Bd. II. §. 55. 56. 57 bis 61. incl. §. 64. und die unten §. 1 Not. 3 citirten Schriftsteller. In wiefern sie eigentlichen jus retentionis verfolgten, hierüber sehe man u. a. v. Tigerström a. a. O. S. 261. 263. 271. 274.

id vir sibi retineret. quad vero non esset melius aequius apud virum manere, id uxor post divortium reciperet. In quo judicio non tantum boni natura spectari velet, verum etiam comparatio bonorum fit: ut non tam quod bonum, sed quod melius aequiusque est, id sequendum sit. Quae omnia ex praecedentibus causis investigari solent. *Nam si viri culpa divortium factum est, aequius melius est nihil apud virum manere. Si mulieris est culpa: aequius melius est sextas retineri* etc.“ *Boëtius* bezeugt uns hier, daß die alten retentiones ex dote aus der Eigenschaft des judicii rei uxoriae als bonae fidei judicium zugestanden und namentlich ihre Begründung in der bei der actio rei uxoriae vorgekommenen formula „quantum aequius melius“ gefunden haben, daß folglich die Quelle ihrer Entstehung in dem jure honorario zu suchen sey, welches aus des Prätors gerichtlicher Erfahrung als Verwirklichung der practischen Billigkeit dem legalen strengen Civilrechte gegenüber sich hervorgebildet hatte [5]). Dieses Zeugniß des *Boëtius* ist um so gewichtiger hinsichtlich der Frage nach der Entstehung der retentiones ex dote, weil *Boëtius* nicht so sehr viel später als der Kaiser Julianus und Theodos II., die Verfasser der lex 2 cit. Cod. Theod. de dotib. u. Nov. tit. 17. de repudiis, und jeden Falles vor [6]) der Entstehung der Justinianeischen Compilation des römischen Rechtes, folglich zu einer Zeit lebte, zu welcher die alten Rechtssammlungen und die Quellen überhaupt noch existirten, aus denen Justinian seine Compila-

5) J. A. M. Albrecht Preisschrift über die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprocesses geschichtlich entwickelt. München 1835. §. 1. S. 5. §. 2 f. v. Tigerström a. a. O. Bd. II. S. 215—221.

6) Boethius lebte nach Hand (in der allgemeinen Encyclopädie der Wissenschaften und Künste von Ersch und Gruber Th. 11 S. 283—287) in den Jahren von zwischen 470 u. 475 bis 525 nach Christo, und Kaiser Julianus regierte von 355 bis 363, Kaiser Theodos II. seit 402 bis 450, Justinian bekanntlich aber seit 527 bis 565 nach Christo. Das Gesetz von Julian ist vom Jahre 363 und der tit. 17. Novell. des Theodos v. Jahre 439. wie Gothofred und Ritter uns berichten.

tion aufstellen ließ, daher *Boëtius* als Staatsmann — er war Consul und princeps senatus romani — das Vertrauen verdient, den Ursprung der damals noch gültigen retentiones ex dote genau gekannt zu haben.

Daß Julianus die fraglichen retentiones ex *jure* venientes nannte und Theodos II. sie für altgesetzliche erklärte, kann hiergegen nichts entscheiden, wenn wir bedenken, daß das Unternehmen des Prätors, in der Praxis der Gerichte durch sein jus honorarium dem Walten des materiellen Rechtes über das formelle zum Sieg zu verhelfen, nach und nach bald genug von den gesetzgebenden Gewalten im Staate nicht nur nicht gehindert, sondern sogar positiv eifrig befördert wurde [7]). Gesetze erkannten die Schöpfungen des Prätors für recht und billig an und erhoben sie auf die Stufe des wahren *jus*, daher man auch ihren Inhalt das jus honorarium nannte. In lege 2 §. 10. D. de origine juris. 1, 2. lehrt Pomponius ausdrücklich:

> Eodem tempore et magistratus jura reddebant, et ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque praemuniret; *Edicta* proponebant: quae edicta praetorum *jus honorarium* constituerunt. *Honorarium* dicitur, quod ab honore Praetoris venerat.

Ferner lehrt uns *Gajus* Inst. Commentar. Lib. I. §. 6.: jus autem edicendi habent Magistratus populi Romani. Sed amplissimum *jus* est in edictis duorum Praetorum, urbani et peregrini.

Ulpianus sagt in lege 4 §. 12 u. 33. D. de dol. mal. exc. 44, 4.: *Hoc jure* utimur, ut noceat doli exceptio.

In demselben Sinne, in welchem hier von dem ganzen Institute des prätorischen Milderungswerkes und namentlich von der exceptio doli wie von einem *jure* gesprochen wird, in demselben Sinne ist der Ausdruck des Kaiser Julianus „ex jure venientes“ und die Rückbeziehung der retentiones ex dote auf

7) Albrecht a. a. O. §. 10.

leges veteres von Theodos II. zu verstehen. Wie hätte auch *Boëtius* auf die angegebene Weise sich aussprechen können, wenn die retentiones qu. eine positivere Quelle gehabt hätten. Allerdings mögen damalige Gesetze recht zeitig die fraglichen retentiones ebenso für recht und billig anerkannt haben (wenn wir auch solche Gesetze aus der Zeit vor Kaiser Julianus, der jene Retentionen l. 2 cit. Cod. Theod. de dotib. und zwar, wie es scheint, von neuem bestätigte [8]), nicht überkamen), wie das jus retentionis überhaupt gesetzliche Anerkennung laut der zahlreichen, in Not. 1 u. 2 und in der Folge noch vielfältig citirten, römischen Gesetze zugetheilt erhalten hat; auch kann ja Theodos II. unter seinen „veteres leges" selbst die l. 2 C. Th. de dotib., welche 76 Jahre früher erschienen war, und auch die Stelle in *Ulpiani* fragmentis tit. 6 §. 9—17. (welche in die Zeit von J. 211 bis 222 nach Christo fallen) gemeint haben [9]). Allein diese gesetzliche Sanction hat für die Frage der Entstehung und Ausbildung unserrs Rechtes eben nur die Bedeutung, welche ich oben schon schilderte, nemlich die Bedeutung der Anerkennung und mehrern Regelung des practisch sich Bewährten im richterlichen Fragfalle oder besondern Rechtsverhältnisse [10]),

Welche Gesetze und alte Rechtsbücher der Aufstellung der Lehre des Retentionsrechtes zur Quelle dienen und wie viel sie leisten, wird aus den Citaten in Not. 1) u. 2) und denen der nachfolgenden Entwickelungen gründlicher zu entnehmen seyn,

8) Die l. 2 Cod. Theod. de dotib. heißt: Io dote reddenda, et retentiones ex jure venientes, et pacta quae legibus consentanea esse monstrantur, etiam ex hujus sanctionis auctoritate, intemerata inviolatuque servari. Dat. IV. Kalend. Mart. Juliano A. IIII. et Salustio Coss. (363).

9) *Ritter* zu tit. 17. Nov. cit. sagt zu den Worten „veteres leges": Eas require apud *Ulpianum* tit. 6 de dotibus, num. 9 seq. ibique consule Schultingium.

10) Die Worte in l. 15 §. 1 D. ad leg. Falc. 35, 2. „jure publico retentionem habituram," die man auch von unserm Retentionsrechte verstanden hat, handeln von dem Rechte des Abzuges der Falcidischen Quart, sind folglich hier ohne Bedeutung. Retinere ist dort gleichbedeutend mit: das Recht der lex Falcidia ausüben.

als ich es hier durch Zusammenstellung zu zeigen vermöchte. Ich deutete schon an, daß wir nicht sowohl aus ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen, als aus den Resultaten der Entscheidungen in concreten Fällen in Verbindung mit den Grundsätzen über hinzutretende Rechtsverhältnisse das eigenthümliche Wesen und die Grundsätze unseres Rechtes vollständig zu erkennen und aufzustellen vermögen. Auch ist eine solche Construction nicht etwa dadurch erleichtert, daß sich die einschlagenden Gesetzesäußerungen in irgend einem speciell vom jure retentionis handelnden Titel unseres corpus juris romani zusammengestellt befänden; im Gegentheil die Hinweisung gebenden Gesetze sind gewiß bei keinem römischen Rechtsinstitute mehr im ganzen Rechtskörper zerstreut, als bei dem jure retentionis. Es ist dieses die Folge davon, daß das Retentionsrecht selbst in den Gesetzen, in welchen es erwähnt wird, regelmäßig nicht der Hauptgegenstand der gesetzlichen Bestimmung ist, daß vielmehr allermeistens das Gesetz von ganz anderen Rechtsverhältnissen handelt, und nur in Beziehung auf diese der Zulässigkeit und Wirkung der Retention noch mitgedenkt, ferner, daß unser jus fast bei allen, von andern Rechtsinstituten bestimmten, Rechtsverhältnissen ebenfalls in Frage tritt, und darum fast überall die gesetzliche Bestimmung über sich zugleich mit hervorruft.

§. II.

Methode der Behandlung unserer Lehre.

Im Allgemeinen halte ich durch die nachfolgenden Entwickelungen der rechtlichen Grundsätze über Retentionsrecht die Bemerkung begründet, daß bei keinem römischen Rechtsinstitute die rechtliche Ausbildung seiner Grundsätze und Wirkungen consequenter sich gestaltet und reiner in allen Fällen der practischen Anwendung sich erhalten habe, als dieses bei dem Retentionsrechte erkennbar der Fall gewesen ist, sobald man nur demselben Rechtsverhältnisse nicht beimischt, welche seinem eigenthümlichen Wesen nicht angehören. Die Folge soll die Belege zu dieser Bemerkung zu liefern sich bemühen. Allein aus der Behandlung unse-

rer Lehre, welche ihr die Litteratur bisher zukommen ließ, dürfte man wohl nicht diese Ueberzeugung zu schöpfen vermögen.

Fand man in den Gesetzen, daß es zu Gunsten einer Foderung dem Gläubiger gestattet sey, des Schuldners Sache, die der Gläubiger besaß, inne zu behalten; und trat hinzu, daß es doch die Billigkeit für sich in Anspruch zu nehmen scheine, die Sicherheit nicht aus den Händen geben zu müssen, welche der Gläubiger in des Schuldners Eigenthum detinirte; zeigten sich obendrein noch gesetzliche Aeußerungen, welche von dem Rechte der Rückhaltung der Erfüllung der eigenen Pflichten unter gleichen Wortbezeichnungen in Fällen sprachen, in denen die Rückhaltung entweder das Resultat besonderer Rechte war, oder aus etwas Anderem (etwa der gegenseitigen Beziehung zwischen Foderung und Sache) sich nicht ableiten ließ, als eben nur aus der Rücksicht, der Foderung retentione zu nützen: so wird man es erklärlich finden, daß die früheste Bearbeitung unseres Rechtes zunächst das Meiste gethan zu haben glaubte, aus den Quellen und analog nach ihnen aus dem Verkehre des Lebens in und außer den Gerichten gleichsam numerisch eine turba von Fällen aufzusammeln, in denen zu Gunsten eines Anspruches eine Sache oder wohl gar selbst eine Person in retentione festgehalten werden dürfe, ganz unbekümmert, ob diese retentio Folge eines besondern, durch sich selbst nur fundirten Retentionsrechtes, oder eines andern Befugnisses sey; daß man also, auf die äußere körperliche Erscheinung des Retentionszustandes das Gewicht legend, alles unter dem Einen Gesichtspuncte des Rechtes zur Rückhaltung zusammenfassen zu dürfen meinte, was eben zu Gunsten eines Anspruches den Rechten nach rückgehalten werden durfte. Fühlte man nun hierbei wohl, daß man andern Rechtsgrundsätzen, welche für die Rückgabe fremden Gutes an seinen Eigenthümer sprechen, zu nahe träte, wenn man zu unbedenklich fremdes Eigenthum vorenthalten ließ, so sah man sich mindestens zu Beschwichtigung solcher Bedenklichkeiten nach Rechtsgründen um, die ein solches Verfahren rechtfertigen möchten. Man suchte die bereitesten Gründe in allgemeinen Rechtsregeln, die man nach der

bequemen Generalisirmethode zu dem gewünschten Zwecke leicht nutzen konnte. Eine der fruchtbarsten solcher Regeln fand man in der regula juris: „Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit“ in l. 156 §. 1 D. de reg. jur. 50, 17. l. 1 §. 4 D. de superficieb. 43, 18. oder: „Qui ad agendum admittitur, est ad excipiendum multo magis admittendus“ in cap. 71, de reg. jur. in 6to. 5, 12. Eine andere solche bequeme Regel war: „In pari causa melior est conditio retinentis“ arg. l. 128 §. 4. D. de reg. jur. l. 2 Cod. de cond. ob turp. caus. 4, 7. Ferner stellte man folgendes Raisonnement auf: „retentio est species exceptionis, quam majore aequitate niti quam actionem patet cum ex l. 12. D. de dol. mal. exc. 44, 4. l. 125 D. de reg. jur. tum quod detur habenti actionem, et saepius carenti actione, test. leg. 51 D. de cond. ind. 12, 6. leg. 1 pr. D. de pign. 20, 1. quia omnino exceptio facilius conceditur, quam petitio, arg. l. 2 Cod. de fideic. 6, 42. et malitiis hominum non est indulgendum, qui illud, quod petunt, luere recusant; etiam aequitatis ratio suggerit, ne alter cum alterius damno locupletetur test. leg. 38 D. de her. pet. 5, 3. l. 38 l. 48 D. de rei vind. 6, 1. multaque possunt haberi per retentionem, quae non possunt obtineri per actionem arg. §. 30—34 Inst. de rer. div. 2, 1. l. 14 §. 1 D. com. div. 10, 3. l. 33 D. de cond. ind. 12, 6. Quoniam igitur obligationes ex contractibus et pactis legitimis actiones producunt, multo magis retinere permittunt, et quia sola naturalis obligatio facit creditorem ad retinendum habilem, ipse possessor se tueri poterit exceptione retentionis, arg. l. 51 D. de cond. ind. 12, 6. quae non praecise, sed causative tantum cogit.“ Man schloß hierauf weiter: „Ubi non competit compensatio stricte dicta, locum habet retentio test. leg. 13 §. 2 D. de pign. 20, 1 et gloss. ad h. leg. ac §.; praeterea retentio aeque favorabilis est, quam compensatio;“ ja „retentio, favorabilior petitione arg. l. 4 C. de usur. 4, 32. facilius

admittitur, quam compensatio;“ auch „facilius aliquid retinetur, quam de novo acquiritur arg. l. 20 D. quemadm. serv. am. 8, 6. arg. l. 3 ubi gloss. de compens. 16, 2. l. 2 pr. D. de aq. et aq. pluv. arc. fiatque excipiendo per pauca, quod agendo contingere solet per plura.“ Einen recht gesetzlichen Stützpunct glaubte man für viele Verhältnisse ex lege 18 §. ult. D. commod. 13, 6. noch in der Rechtsregel gefunden zu haben: „Quidquid contrario judicio peti et obtineri potest, id etiam per retentionem servare potest, qui directo judicio convenitur [11]).“ Man stellte sogar auch den Grundsatz auf: „Ubi compensatio admittitur, ibi etiam locum habet retentio, arg. l. 20 D. de compens. l. 3 Cod. eod.“ u. a. Sätze mehr. Zu l. 26 §. 4 D. de cond. ind. stellt schon die Glosse ganz allgemein den Grundsatz auf: „Si mihi aliquid deberes et res tua sine vitio ad me perveniat, propter debitum retentionem habeo;“ als Beispiel fügt sie hinzu: „et sic facit pro scriptoribus, ut possint retinere qua-

11) Man vergleiche hierher unter andern: *Molignatus* tractatus de retentione. Francof. 1604. qu. 6. 7. 8. 15. 16. 17. 38. 165. 206. 228. 247. 414. 417. 424. *Dan. Doering* de jure ret. Altdorf. 1630. th. 2. cum not. th. 17. 18. 20. *Mich. Koenig* (praes. *Reusner*) disp. de jure retentionis. Witteberg. 1647. §. 10. 18. 21. 24. 28. *Joh. Just. Mühlpfort* (praes. *Strauch*) jus retentionis. Jen. 1668. th. 2. Not. *v*) th. 8. Not. *β*. *γ*. th. 9. Not. *π*. th. 27. Not. *ψ*. u. *β*. *Jac. Frid. Ludovici* (eigentlich auctor *Christ. Henr. Hacke*) diss. de jure retentionis ex diversa etiam causa competente. Hal. 1716. §. 42. 43. 44. *Joan. Wunderlich* de jure retentionis quatenus tutori competat. Jen. 1758. §. 3. 4. 5. 6. *Ern. God. Schmidius* diss. de iis, quae ad exercendum jus retentionis necessaria sunt. §. 20. 40. Not. q. *Stryk* us. mod. L. 16. tit. 2. §. 15. *Nicol. Christ. de Lynker* Responsa. Vol. I resp. 75. n. 31. resp. 187. n. 44. Vol. II resp. 57. n. 4. resp. 150. *Joh. Franc. Schotten* (praes. *Conr. Ludeking*) Disp. de jure retentionis. Rinthelii. 1698. §. 2 u. 40. *Christ. Phil. Richter* Veltat. academ. XVI. de jure retentionis. Jenae 1647. th. 10. 13. 18. *W. A. Lauterbach* disp. de retentione 1660. §. 4. u. 20. 23. *Thesaurus* locor. communium jurisprudentiae ex axiom. *Aug. Barbosae* et analectis *Tob. Otton. Taboris* ed. 4. sub voce: Retentio. §. I. XII. XIII.

ternos.“ Aehnlich allgemein redet die Gloſſe zu §. 30 Inst. de rer. div. wenn ſie gerade hier, wo es ſich lediglich von der exceptio retentionis handelt, zu verb.: per exceptionem: hinzufügt: „quae locum habet, ubicunque aequum sit exceptionem locum habere, sive alia competat, sive non.“ Sehr ergiebig in Grundſätzen über unſere Materie iſt die Gloſſe übrigens nicht; ſie beſchäftigt ſich mehr nur mit der Erklärung des concreten Inhaltes der Quellen, ohne ſich mit der Entwickelung von Principien dabei ſehr zu mühen. Viel iſt daher für die Principien unſerer Lehre aus ihr in der That nicht zu entnehmen. — Mit Hinblick auf das Unrecht, welches die Rückhaltung einer fremden Sache in ſich ſchließt, haben andere ältere Rechtslehrer im Widerſpruch mit obigen Anſichten den Grundſatz aufgeſtellt: „retentio est odiosa“ und aus ihm Veranlaſſung zu Schlüſſen gefunden, welche das Retentionsrecht nicht begünſtigten [12]). Man bezog ſich dabei auf l. 5 Cod. in quib. caus. pign. 8, 15. l. 25 §. 1 in fin. D. sol. matr. 24, 3. cap. ult. X. de precariis. 3, 14.

Unter der Aegide ſolcher Gemeinplätze entſchied alſo die frühere Litteratur über Zweifel und zog die heterogenſten Fälle in den Bereich des Retentionsrechtes. Den reichſten Wirrwarr in ſolcher Hinſicht treffen wir in der citirten Schrift von *Molignatus* und in *Althusius* tractatus de jure retentionis. Cassel. 1611., welche, um nur einige Beiſpiele als Belege zu nennen, zum Retentionsrechte zählen: die Frage, ob einen gefundenen Beutel Geld, einen koſtbaren Ring für ſich zu behalten (sibi retinere), ihn für derelict zu achten, erlaubt ſey (M. qu. 95), ob jemand invitis vicinis meretricem in domo retinere possit (M. 97), ob jemand ein gefährliches Thier, einen biſſigen Hund, einen Bär oder Löwen auf öffentlicher Straße vor ſeinem Hauſe retiniren dürfe (M. 98.), ob der Ehemann den cum uxore inventum adulterum retiniren dürfe (M. 99.), ob er die Ehefrau

12) *Wilhelm Fornerius* select. Lib. II. cap. 14. in Otto thesaur. Tom. II. pag. 63. *Joan. Coras.* ad l. qui liberos n. 124. 259. D. de ritu nuptiarum. *Molignatus* l. l. qu. 4. 7. *Koenig* l. l. §. 10. in fin.

in vinculis retiniren dürfe (M. 100), ob jemand einen bannitum, der ungestraft gemißhandelt werden könne, incarceriren dürfe (M. 105.), ob ein Geistlicher Jagdhunde halten dürfe (M. 106.), ob ein laicus einen clericum in vinculis retiniren dürfe (M. q. 112), ob der Richter einen Dieb so lange, bis er Ersatz und Zahlung geleistet, im Gefängniß retiniren dürfe (M. 113.), ob jemand einen Andern, den er pro repraessaliis gefangen genommen, in seinem eigenen Hause retiniren dürfe (M. 115), ob zum christlichen Glauben übergegangene Juden die Güter behalten (retinere) dürfen, welche ex turpi quaestu nicht erworben waren (M. 127), ob jemand einen ernährten und erzogenen Findling bis zur Erstattung der Aufwände rückhalten dürfe (M. 203), ob die Ehefrau dignitatem patris vel mariti retinire (M. 215), ob der Gläubiger den fliehenden Schuldner aufhalten (retinere) dürfe (M. 221 A. num. 52. 53.), ob man fliehende Mörder, Diebe, überhaupt Verbrecher aufhalten und ihnen die Sachen abnehmen dürfe (M. 222 A. num. 54.), ob der Gastwirth den Gast bis zur Zahlung der Zeche retiniren dürfe (M. 223), ob der Richter den Vater zwingen könne, den Sohn domi retinere (M. 357), ob der Gefangenwärter den Gefangenen so lange im Gefängnisse retiniren dürfe, bis er Zungs- und Haftgebühren bezahlt habe (M. 193. A. num. 35. *Dani Doering* de jure retent. th. 18), ob man bei Justizverweigerung, überhaupt Mangel an Rechtshülfe des Schuldners Sache bis zur Zahlung retiniren dürfe (A. num. 44. 45. u. *Dani Doering* de jur. retent. th. 17.). Es ließe sich die Liste der durcheinander gemischten heterogenen Fälle bei weitem noch vermehren (m. vergl. hieher nur noch M. qu. 123. 132. 133. 135. 136. 145. 148. 149. 150. 151. 153. 164. 173. 194. 200. 201. 202. 210. 231. 234. 318. 341.). Daß man die retentio rei jure compensationis, pignoris, domini, arresti, executionis, überhaupt die retentio jure alius contractus et negotii als Fälle der Retention jure retentionis ansah, hiernach das Retentionsrecht in jus retentionis perpetuae u. temporalis, facti und juris, qualificatum und simplex, judiciale und

extrajudiciale etc. etc. abtheilte, dieſes alles belegen die citirten Schriftſteller zahlreich und werden wir ſpäter noch ausführlicher berühren. Wenn auch eine große Zahl der Rechtslehrer ſchon in früheſter Zeit eine verwandtſchaftliche Beziehung zwiſchen der Foderung und der für ſie zu retinirenden Sache als regelmäßiges Requiſit des Retentionsrechtes aufſtellten, ſo ließen ſie ſich doch nicht abhalten, in concreten Fällen zu Gunſten der Retentionsbefugniß auf die oben referirten Gemeinplätze ſich zu beziehen und aus ihnen für Retentionen ihre Entſcheidungsgründe zu entnehmen, die ein gleichſam gereinigtes jus retentionis wohl nicht als ein Glied ſeiner Familie aufnehmen mag. Es belegen dieſes die in Not. 11 citirten Schriftſteller ſelbſt auf das Ueberzeugendſte, da ſehr viele von ihnen und ſelbſt Molignatus, die Quelle ſo vielen Unſinnes in unſerer Lehre, einen Cohärenznexus zwiſchen debitum und res für das jus retentionis erfodern. (S. unten §. 41 und die Noten dazu.)

Im Einzelnen treffen wir jedoch in den ältern Schriften auch wieder auf ſehr viel Richtiges und auf gute Bemerkungen; ſie leiſten im Detail nicht wenig und häufig mehr, als die neuern Schriften, indem ſie namentlich Fragen berühren, die neuerdings kaum mehr erwähnt werden, daher eine jetzige Bearbeitung unſerer Lehre nicht wohl Umgang nehmen kann, auf dieſe ältern Schriften möglichſt genau einzugehen. Allein ihnen Allen geht, wie aus dem Bisherigen zu entnehmen iſt, mehr oder weniger eine ſyſtematiſche Auffaſſung, und ein Durchdringen und Beherrſchen des Gegenſtandes nach Principien ab.

Allerdings konnte es nicht fehlen, daß die Fortſchritte einer rationalen Ausbildung unſerer Wiſſenſchaft ihren günſtigen reinigenden Einfluß auch unſerer Lehre vom Retentionsrechte ſehr zu Gute kommen ließen, daß man daher in den neuern Schriften darüber die Curioſitäten eines Molignatus, Althuſius und vieler anderer älterer Rechtslehrer nicht mehr antrifft; man ſehe nur z. B. die Geſtalt unſerer Lehre, wie ſie in Glücks Commentar nach Hellfeld, Bd. 15 §. 936. 937. ſich uns zeigt; man beachte höchſt dankenswerth, was mehrere ältere denkende Rechts-

lehrer, wie Wolfg. Ad. Lauterbach, Jacob Heisler, G. L. Boehmer, Mevius, Berlich, Leyser, auch Ern. Gob. Schmid, und ganz besonders Faselius höchst Verdienstliches um das Retentionsrecht geleistet haben, und was in späterer Zeit nicht blos durch einige Dissertationen z. B. von Schnorr und Ranft, über die ganze Lehre, sondern auch durch Bearbeitungen einzelner Rechtsfragen und Verhältnisse des Retentionsrechtes u. a. von G. Ph. v. Bülow, Wilh. Franke, Valett, Tigerström, Fritz, sowie durch Forschungen über Verhältnisse des Retentionsrechtes im Gebiete des Pfandrechtes und Concursprocesses von Gesterding, Sintenis, Dabelow, Gönner, Schweppe, Kori, Bayer u. a. sichtend, aufklärend und berichtigend gewirkt wurde. Die frühern trüben, unklaren Ansichten, das Generalisiren aus allgemeinen Abstractionen und Sätzen, die pro und contra gegeben wurden und mit denen, wenn uns der eigenthümliche Character des Institutes nicht die Lehre gäbe, völlig nichts erreicht werden könnte, haben den späteren Sichtungen nach Principien mehr und mehr weichen müssen; demohngeachtet aber scheint mir noch immer keine genug durchgreifende Abtrennung unseres Institutes des Retentionsrechtes von verwandt erscheinenden Rechten, namentlich der Compensation und dem Pfandrechte, folglich keine genug selbstständige Entwickelung der in den Quellen doch erkenndaren Eigenthümlichkeit unseres Rechtes Raum genommen zu haben. Heisler, ein sehr scharfsinnig docirender Rechtslehrer, mischt z. B. in seiner diss. de jure ret. §. 23. sogar die nur auf völkerrechtlichen Grundsätzen ruhende Retention der gefangenen Soldaten oder des eroberten Lagers auf Seiten des siegenden Staates gegen den Besiegten bis zur Erfüllung der von letzterem versprochenen Leistungen in unsere nur privatrechtliche Lehre des Retentionsrechtes, und spricht deshalb von einem jure retentionis inter gentes. Und bis in die neuesten Zeiten wird die retentio pignoris jure pignoris als unserer Lehre angehörig betrachtet. Zeigt uns die neuere Litteratur auch einzelne gute Ideen über unser Recht, welche zu Aufhellung seiner Individualität sehr

fruchtreich sich andieten, so sind dieselben doch nicht mit regierendem Einflusse in die ganze Lehre eingedrungen und selbst von ihren Schöpfern mitunter in der Anwendung auf das Einzelne wieder verleugnet worden. Der Bearbeitung unserer Lehre sind vorzüglich auch die großen Resultate neuerer Forschung in der ihr so verwandten Doctrin des Besitzes noch nicht zu Gute gekommen. —

Meist nur ist die Aufstellung der Rechtsgrundsätze über Retentionsrecht den Versuchen der Jugend in Inauguraldissertationen heimgefallen; die geistreichen Lehrer unserer Wissenschaft haben sich unserem Gegenstande mit der Liebe und Thätigkeit, wie anderen Rechtsinstituten, noch nicht zugewendet. Die nicht nur erste, sondern auch einzige und zugleich letzte Schrift, welche die ganze Lehre im systematischen Zusammenhange und vollständiger hinsichtlich ihrer Einzelheiten, als kurze, nur mehr sehr allgemeine Grundsätze und Begriffe zusammenstellende, Dissertationen zu thun pflegen, zu behandeln sich zur Aufgabe gestellt hatte, ist die später angeführte von Faselius, welche in ihrer zweiten Auflage in dem Jahre 1793 erschienen ist; seit dieser Zeit entbehrt unser Recht in der That einer vollständigern Bearbeitung.

§. III.

Die Litteratur unserer Lehre.

Der Zahl der Schriften nach, welche sich mit dem Retentionsrechte entweder im ganzen Umfange oder mit einzelnen Fragen desselben beschäftigen, ist diese Litteratur eine reiche zu nennen. Doch gehört die Schaffung dieses Reichthumes vorzüglich nur dem vorigen Jahrhunderte an; in unserem Jahrhundert wurde derselbe sehr gering nur vermehrt. Um der fernern Bearbeitung unseres Rechtes die Quellen mehr zu öffnen, will ich die Schriften über unsere Materie, deren Existenz mir bekannt wurde, hier zusammenstellen; leider war ich nicht so glücklich, diese zum großen Theil sehr selten gewordenen Schriften alle zu erlangen und für meine Untersuchungen nutzen zu können.

I. Schriften über Retentionsrecht überhaupt.

Jo. Petr. Molignatus tractatus de retentione. Francofurti. 1604. Colon. 1666. Leod. 1699. Norimb. 1709. 8.

Enthält 426 quaestiones de jure ret., die mit vieler Kenntniß und Benutzung der noch älteren hieher gehörigen (selbstständige Schriften über unsern Gegenstand jedoch, soviel mir aufgefallen, nicht zeigenden) Litteratur eine sehr große Anzahl einschlagende Fragen höchst unsystematisch beantworten.

Joan. Althusius tractatus tres I. de poenis. II. de rebus fungibilibus. III. de jure retentionis. Cassel. 1611. 4.

Eine kurze unsystematische Zusammenstellung auf 5 Blättern, Andeutungen über Requisite, Eintheilungen des Retentionsrechts, Aufzählung von Retentionsfällen und Vergleichung des Retentionsrechtes mit einigen verwandten Rechtsinstituten. Ueber diese und die vorige Schrift urtheilte ich schon im vorigen §.

Matth. Colerus tractatus de processibus executivis. ed. IV. Jenae 1615. P. I. Cap. II. num. 214—264.

Giebt keine vollständige Darstellung unserer Lehre, zählt viele einzelne richtige und unrichtige Fälle auf, enthält jedoch über wichtige Fragen schon viel Richtiges. Am meisten beschäftigt er sich mit dem Retentionsrechte der Ehefrau.

Geo. Sartorius diss. de retentione. Basil. 1620. 4.

Daniel Doering disp. de jure retentionis et ejus exceptione. Altdorf. 1630. 4.

Enthält Wortbedeutungen von retentio, Gemeinplätze an der Spitze der Lehre, Angabe des Begriffs und der Requisite, einige Eintheilungen, dann eine Anzahl von Fällen, die zum Theil sehr unzutreffend sind, kurze Andeutungen über die Wirkungen des Rechts und über verwandte Lehren, wie über die Erlöschungsarten.

Henr. Durfeldt de jure retentionis. Basil. 1634.

Balthas. Rinck diss. de jure retentionis. Helmst. 1644. 4.

Jo. Breiger diss. de jure retentionis. Argent. 1644. 4.

Michael Koenig (sub praesidio *Jerem. Reusneri*) disput. inaugur. de jure retentionis. Viteb. 1647. 4.

In dieser Abhandlung trifft man schon auf eine etwas systematischere und umsichtigere Entwickelung der einzelnen Theile der Lehre bei einem reichen Material hinsichtlich der Details. Die Angabe der verschiedenen Bedeutungen des Wortes retentio, die Aufzählung der Retentionsrecht begründenden Forderungen, der Grundsätze über zu vergütende Impensen, der dem Retentionsrecht unterliegenden Sachen, der verwandten Rechte, der Requisite, der Wirkungen

und Zwecke, wie der betheiligten Personen und der Erlöschungsgründe des Rechts strebt sichtbar nach Vollständigkeit und Gründlichkeit, wenn auch vielfach Unrichtiges gelehrt wird, und die ganze Aufstellung überhaupt gar nicht frei ist von den oben im §. II angedeuteten allgemeinen Desiderien. Lästig sind die nach Sentenzen haschenden Proömien jedes Paragraphen.

Henr. Rahne diss. de retentione. Rostock. 1647. 4.

Christ. Phil. Richter diss. de jure retentionis. Jenae. 1647. 4. in dessen Velitationum Academicarum Volnmen. Jenae 1667. Velit. XVI. pag. 290—303. in fol.

Eine neben den zeitgemäßen Fehlern viel Brauchbares und Verständiges enthaltende Abhandlung.

G. Ad. Struv diss. de jure retentionis. Jenae 1653. 4.

Gottfried Graff disp. de retentione. Argent. 1657.

Pyrrh. Maur. Aretinus tract. de fidejussoribus, retentionibus etc. Norimb. 1658. 8.

Val. Withuts disp. de jure retentionis. Argent. 1660.

Wolfg. Adam Lauterbach disp. inaug. de retentione. Tubing. 1660. 4. in dessen dissertationibus Vol. III n. 123.

Eine gewichtige Fragen berührende, viel Schätzbares in sehr unsystematischer Folge vortragende Schrift; sie ist eine der gelesenern.

Jo. Phil. Heintz diss. de retentionis jure. Argent. 1662. 4.

Jo. Fried. Boeckelmann de jure retentionis. Heidelb. 1665.

Jo. Bokelmann disp. de retentione. Basil. 1667. 4.

Joh. Jerem. Mühlpfort (praeside *Joh. Strauch*) de jure retentionis. Jenae 1668. 4.

Von ihr gilt ein ähnliches Urtheil wie von der Disp. des *Mich. Koenig*, nur daß in ihr weniger System in der Anordnung ist.

Bernh. Schultz disp. de jure retentionis. Rintel. 1670. 4.

Georg Christian Meusell (praeside *Paul. Franc. Romano*) disp. jurid. de jure retentionis. Lips. 1672. 4.

Eine zwar manches Brauchbare enthaltende, im Ganzen aber doch sehr magere ungeordnete Arbeit.

Jo. Frid. Rhetius diss. de jure retentionis. Francof. 1674. 4.

Wolfg. Christoph. Steinheuserus (sub praesidio *Bartholom. Leonhard. Schwendendorfferi*). Lips. 1675. 4.

Von ihr gilt, was ich von der disp. des *Meusell* sagte.

Jo. Melch. Murhardt diss. de retentione. Erf. 1675.

Joh. Jac. Störmer diss. de retentione. Marb. 1684. 4.

Matth. Berlich conclusiones. Lips. 1693. Concl. 32. de jure retentionis, an et quatenus ratione dotis vel aliorum bonorum mulieri vel aliis competat.

Enthält manches Richtige, ist im Ganzen aber höchst unvollständig selbst in Bezug auf das Retentionsrecht der Ehefrau, mit dem die conclusio sich am meisten beschäftigt.

Joh. Franc. Schotten (sub praes. *Conrad Ludeking*) disp. jur. inaug. de jure retentionis. Rintel. 1698. 4.

Eine fleißige Arbeit mit vielen richtigen Ansichten und Einzelheiten, die nur sehr systemlos neben einander stehen.

Dan. Stavinski diss. de justa retentione rei alienae. Regiom. 1701. 4.

Carpzov jurisprudentia forensis 1703. P. II. Const. 25. def. 8—27.

Handelt zunächst vom sächsischen Retentionsrechte der Eheleute, besonders der Ehefrau, enthält aber viel Allgemeines über unsere Lehre.

Thesaurus locorum communium jurisprudentiae ex axiomatibus *Augustini Barbosae* et analectis *Tob. Otton. Taboris* aliorumque concinnatus. ed. IV. Lips. 1707. sub voce: Retentio Lib. XII Cap. 59. pag. 247 sq.

Eine systemlose Compilation.

Jo. Ludov. Eckhardt diss. de jure retentionis. Duisb. 1710. 4.

Aug. Leyser de retentione, in ejus medit. ad Pandectas Vol. III spec. 175. Lips. 1735.

Bespricht nur einige Fragen in acht Meditationen auf selbst nicht erschöpfende Weise, leistet also nicht, was er ankündigt.

Sam. Wiemann (praes. *Conr. Wilh. Strecker*) de eo, quod justum est circa jus retentionis. Erf. 1737. 4.

Mevius decis. P. II. dec. 214.

Von ihm gilt, was von Leyser gesagt wurde.

Franc. Jos. Kentzinger diss. de jure retentionis. Argent. 1749. 4.

Bernhardus Iutelmann (praeside *Phil. Jac. Heisler*) Dissertatio juris naturalis de jure retentionis. Halae. 1751. 4.

Diese Abhandlung wird gewöhnlich als von Heisler herrührend citirt, und da sie eine sehr viel citirte ist, habe ich, um Mißverständnissen vorzubeugen, diese Citirweise beibehalten. Sie verdient eine vorzugsweise Aufmerksamkeit, da sie ihrer Entwickelung einen geistigen Gang gegeben hat, der bisher nicht eingeschlagen worden war. Sie schreitet Cap. I. de jure retentionis in genere von Aufstellung der Grundsätze über Retentionsrecht im Allgemeinen, dessen Begriff, Zweck, Charakterisirung seines Wesens, Eintheilungen, vor, in Cap. II. de jure retentionis in statu naturali zu Betrachtungen über Retentionsbefugnisse im Naturzustande außerhalb der Staatsordnung, entwickelt hier dessen Erfordernisse, Zweck und Erlöschungsgründe und geht dann Cap. III. de jure retentionis in statu civili zu dem Retentionsrechte der Staatsbürger innerhalb des Staates über, wo sie sich mit der Untersuchung der durch die Ordnung des Staates hervorgerufenen Modificationen der Grundsätze des Cap. II. beschäftigt. Dieser Weg der Untersuchung führte mehr auf Beurtheilung allgemeinerer Grundsätze unserer Lehre, als zu Aufsammlung von einzelnen Retentionsfällen und zu Entscheidung der Detailfragen, worin diese Abhandlung wenig leistet, daher sie bei allem philosophischen Geiste doch nicht auf eine vollständige systematische Darstellung unserer Lehre Anspruch machen kann. Zu vielen scharfsinnigen Bemerkungen gesellt sich auch und zwar in sehr gewichtiger Beziehung gar manches Unrichtige, das eigentliche Wesen unseres Rechtes Verkennende.

B. J. Hulft diss. de jure retentionis. Ultraj. 1762.

Georg. Ludov. Boehmer diss. de jure retentionis ejusque effectu. Gotting. 1774. 4. und in dessen Electis jur. civ. Tom. II. exercitatio 13.

Diese Abhandlung ist wohl entschieden die gewichtigste unter den ältern Schriften über das Retentionsrecht; sie zeichnet sich durch Originalität und Schärfe der Ansichten aus, bespricht die wesentlichsten allgemeinen Grundsätze und giebt zugleich auch zu deren Belegung nicht wenig Specialien. Ihre glänzendsten Partien sind die Beurtheilung und Entscheidung der Frage über das Requisit der Connexität der Foderung mit der Sache und über die Erlöschung des Retentionsrechtes im Concurse. Sie hat noch zur Zeit von den ältern Schriften die meiste Autorität, ist jedoch auch nicht frei von der Vermengung unserer Retention mit der aus andern Rechten folgenden. Einen systematischen Gang hat ihre Entwickelung gar nicht, auch ist dieselbe keineswegs erschöpfend.

Ernest. Godofred. Schmidius (sub praesidio patris *Jo. Ludov. Schmidii*) diss. inaugur. de iis, quae ad exercendum jus retentionis necessaria sunt. Jenae. 1785. 4.

Auch diese Schrift verdient auszeichnende Beachtung; hat sie auch nicht die Originalität der Ansicht, welche die Heislersche und Böhmersche Arbeit werth-

voll macht, so hat sie doch eine sehr klare, gründliche Darstellung, berührt die Einzelheiten der Lehre vor andern Schriften vollständiger, strebt überall nach Feststellung der Begriffe und Principien, und ist überhaupt eine fleißige Arbeit, wenn sie auch in den wichtigsten Fragen, z. B. wegen Connexität, Bedingtheit, Liquidität der Foderung, wegen Erlöschung des Rechts durch Caution, Zuständigkeit der Interdicte und hinsichtlich der Individualisirung ihres Gegenstandes auf Abwege gerathen ist. Ihre Darstellung ist auch unsystematisch.

Joh. Christ. Wilh. Faselius Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Retentionsrechte. Halle. Erste Ausgabe. 1790. Zweyte Ausgabe 1793.

Während alle bisherigen Schriften über Retentionsrecht, wenn sie auch nach ihrem Titel als die Lehre erschöpfende Arbeiten sich ankündigten, doch in der That nur Abhandlungen über einzelne, mehr zufällig, als consequent an einander gereihte Rechtsfragen aus dem Gebiete der Lehre waren, oder vorzüglich nur Entscheidungen einzelner Retentionsfälle vortrugen, hatte diese Schrift sich dagegen zur Aufgabe gestellt, die ganze Lehre nach allen Richtungen hin in systematischer Ordnung möglichst erschöpfend zu besprechen. Meist das Richtige treffendes Urtheil, klare Darstellung und die größte Vollständigkeit derselben im Vergleich mit andern Schriften über unsere Materie werden ihr immer einen Werth in der Litteratur unserer Lehre sichern, wenn sie auch mitunter Meinungen vertheidigt, welche theils schon verlassen wurden, theils wohl nach und nach noch mehr außer Geltung treten werden, und die Selbstständigkeit unseres Rechtes neben andern Rechten nicht genug anerkennen.

Frid. Aug. Christ. Schnorr diss. de jure retentionis ejusque causis et effectu. Lips. 1808. 4.

Diese Arbeit geht einen geordneteren Gang der Entwickelung, als die Dissertationen des vorigen Jahrhunderts, hat klare Darstellung, tadelt manche Abwege früherer Zeit, in ihren eigenen spärlichen Schöpfungen greift sie jedoch selbst wieder sehr fehl, wie z. B. bei der proponirten Eintheilung des Retentionsrechts in formales und materiales, bei der Entscheidung über die Frage nach Erlöschung des Rechts durch Caution, bei der Aufstellung von Connexitätskategorien, die sie unnöthig in zum Theil specifisch von einander gar nicht verschiedene vervielfältigt. Auch sie vermengt unser Recht noch mit andern Rechten.

J. A. Truter diss. de jure retentionis. Traj. ad Rhen. 1814.

Leider habe ich diese Schrift ohngeachtet aller Mühe nicht bekommen können. Sie war selbst am Orte ihrer Entstehung nicht mehr zu erhalten. Ihr Inhalt mag nicht sehr gewichtig seyn, da ich sie nur einmal in Mackeldey's Lehrbuch des R. R., sonst nirgends, selbst nicht in der spätern Schrift über unsere Lehre von Ranft, welche doch in der Vorrede eine reiche Litteratur aufzählt, angezogen gefunden habe

Jul. Gebhard Rauft diss. de jure retentionis (praes. *Joh. Godofredo Müllero*) Lips. 1817. 4.

Diese Abhandlung hat klare Ansichten, macht schon auf die Unrichtigkeit der Vermengung der Retention jure retentionis mit der jure venditionis aufmerksam, enthält auch sonst noch einzelne gute Bemerkungen hinsichtlich der Eigenthümlichkeit des Retentionsrechts, entscheidet gewichtige Fragen meist richtig, zeigt überhaupt viele eigenen Gedanken, ist im Ganzen aber höchst unvollständig sowohl rücksichtlich der Grundsätze als der einzelnen practischen Fälle unserer Lehre.

Glück Commentar der Pandecten. Bd. 15. §. 936. 937. Erlangen. 1813. 8.

Gottl. Hufeland Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. Giessen 1814. Bd. II. §. 1384. 1385. 1386. u. Bd. I. §. 806. II. § 152.

J. A. Seuffert Lehrbuch des practischen Pandectenrechts. Bd. I. Würzburg 1825. §. 104. mit Not. 5. 6. 7. 8. 9. §. 210. Bd. III. §. 462.

v. Wening Ingenheim Lehrbuch des Civilrechts. I. Bd. §. 169.

Joh. Adam Fritz Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu v. Wening Ingenheims Lehrbuch des Civilrechts. Heft I. Zu §. 169. S. 218. 219. u. 217. 218.

Schweppe das römische Privatrecht. ed. 4. Göttingen 1828. §. 183 d.

Trägt sehr viele gewiß nicht richtige Meinungen vor. Nach Schweppe's Lehre würde unser Retentionsrecht des selbstständigen Characters wieder ganz verlustig gehen, jede Rückhaltung wegen eines Gegenanspruches, sie folge aus einem Rechtsgrunde, aus welchem es sey, in seinen Bereich fallen, und die Compensation die auch in diesem Gebiete regierende Herrin seyn.

Thibaut System des Pandectenrechts. ed. 8. Jena 1834. §. 224.

Mühlenbruch Lehrbuch des Pandectenrechtes. Th. I. Halle 1835. §. 136.

K. Fried. Ferd. Sintenis Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836. §. 5. I. S. 21—27.

II. Schriften über einzelne Fragen und Verhältnisse des Retentionsrechts.

Ben. Carpzov decisiones. Lips. 1660. decisio 66. Retentio non tribuit hypothecam vel jus reale: et quinam hujus effectus?

Wolf. Henr. Drewer disp. de retentione pignoris ob pecuniam chirographariam. Basil. 1657.

Bischoff disp. de retentione pignoris ob chirographariam pecuniam. Argent. 1665.

Guil. Leyser disp. de jure retentionis mulieri competente in bonis mariti. Viteb. 1667.

Gideon Siegel disp. de jure retentionis uxori vel viduae competente. Jenae 1691.

Isaac Grell diss. de retentione pignoris ob aliud debitum. Praes. *Lud. Mencken*. Lips. 1692. 4.

Simon Kuchenbecker disp. de retentione pignoris etiam ob aliud debitum chirographarium. Marb. 1697.

Dav. Mevius in jus Lubecense. ed. IV. Lips. et Francof. 1700. Lib. I. Articulus XIII. Ueber das Retentionsrecht der Ehefrau, auch des Ehemannes, und deſſen decis. P. I. dec. 128. 172. 247. P. II. dec. 14. 15. 16. 44. 45. 114. 115. 213. 227. 233. 300. 309. P. III. dec. 170. 221. 277. 255. 340. 368. 369. 370. P. IV. dec. 55. 60. 216. 277. 307. 308. 340. 346. P. V. dec. 133. 212. 396. P. VI. dec. 108. 180. 184. 257. P. VII. d. 126. 137. 159. 165. 166. 289. 364. 399. P. VIII. d. 379. 437. P. IX. d. 40. 42. 43. 82. 152. über einzelne verſchiedene Fragen.

Jo. Phil. Doering diss. de possessione uxori, in primis Saxonicae, in bonis mariti competente. Praes. *Jo. Henr. Berger*. Viteb. 1704. 4.

Samuel Stryk disp. de possessione per cautionem non auferenda. 1706. in ejus dissert. Vol. VIII. diss. 22. pag. 336—355.

Jo. Frid. Troppaneger et *Sigism. Gottl. Hilliger* de retentione actorum advocato ob salarium non solutum competente. Lips. 1710. 4.

Christ. Henr. Hacke (praes. *Jacobo Friederico Ludovici*, unter deſſen Namen dieſe viel citirte Abhandlung gewöhnlich angezogen wird, daher ich ſie auch unter demſelben citiren werde) diss. jurid. de jure retentionis ex diversa etiam causa competente. Halae Magdeburgicae. 1716.

Jac. Carmon diss. de retentione mercedis famuli domino permissa. Rostock. 1721. 4.

Sam. Frid. Willenberg Exercit. de retentione pignoris. Gedan. 1723. 4.

Jo. Flor. Rivini diss. de jure retentionis moto concursu. Lips. 1728.

Jo. Ant. Tilemann de Schenk Commentat. de retentione pignoris ob aliud debitum chirographarium. Brem. 1730.

Frid. Hardew. Muller disp. de jure retentionis et remedio appellationis in deposito et commodato non semper locum habente. Brem. 1736.

Matthi. Benon. Hering diss. de retentione in deposita licita. Rostock. 1741.

Isaac Joachim Weber (praes. *Matthi. Benon. Hering*) de retentione in securitatem dolis permissa. Rostock. 1745.

Joach. Sillem diss. de retentione pretii propter imminentem evictionem. Traj. ad Rhen. 1749. 4.

Jo. Wunderlich disquisitio de jure retentionis, quatenus tutori competat. Jenae 1758.

Jo. Georg Moehrlin (praes. *Paul. Wilh. Sehmidio*) diss. inaug. de jure retentionis circa pignus post motum concursum in tantum cessante. Jenae 1759. 4.

Car. Andr. Hoefer (praes. *Amand. Christ. Dorn*) diss. de jure retentionis in concursu creditorum. Kilon. 1764. 4.

Franc. Joe. Aprederis diss. de jure retentionis depositario vindicato. Argent. 1765.

Google

Jo. Jac. Rost Specim. de retentione depositi illicita. Lips. 1768.

Hommel Rhaps. Obs. 87. 200. über die Erlöschung des Retentionsrechtes durch Caution und obs. 378. im Concurse.

a Pufendorf observ. jur. II. Tom. obs. 141. III. Tom. obs. 130. 172. über dieselbe Frage, ein Verhältniß des Retentionsrechts der Witbe, und die Verschiedenheit des Retentionsrechts von Hypothek und Compensation.

de Cramer observationes juris universi. Wezlar. 1758. *observ.* 74. jus retentionis circa res tertii competere nequit. *observ.* 305. jus retentionis Officiali in Actis judicialibus non competit. *pag.* 806. cessat si praetensio propter quam res retinetur illiquida aut altioris indaginis sit.

Ferd. Aug. Lischwitz (sub praesidio *Christ. Henr. Breuning*) quaestio an conductori in re conducta licita sit retentio ob locatoris obligationem diversam. Lips. 1771. 4.

Christ. Guil. Barwasser (praes. *Christ. Henr. Breuning*) quaestio de retentione illicita in deposito. Lips. 1778.

Frid. Mossdorf (praes. *Christ. Car. Kanne* unter dem Namen Kanne gewöhnlich citirt) de compensatione et retentione in concursu creditorum locum habente. Lips. 1779.

Walth. Vinc. Wiese diss. de retentione pignoris. Rostock. 1780.

Jo. Ad. Theoph. Kind de retentione pignoris in concursu creditorum secundum jus Saxonicum Electorale exule. Lips. 1785. enthält vorerst gemeinrechtliche Ansichten.

Car. Aug. Schlockwerder. An et quatenus jus retentionis in retractu ob meliorationes fundi locum sibi vindicet. Vitebergae 1790.

Gottl. Christian Friedrich Linck. Eine Probeschrift über das Retentionsrecht der Ehefrauen wegen ihres Eingebrachten in den Concursen ihrer Ehemänner nach gemeinem und Mecklenburgischen Particularrechte. Rostock. 1812.

F. C. Gesterding die Lehre vom Pfandrechte. §. 21. vom Retentionsrechte des Pfandgläubigers.

Gottfried Philipp von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des römischen Rechts. Th. II. Braunschweig. 1818. Abh. 24. S. 218—227. Beiträge zur Lehre vom Retentionsrechte.

Carl Jul. Meno Valett diss. de retentionibus ex dote faciendis. Gotting. 1820.

Aug. Siegm. Kori System des Concursprocesses nach gemeinen und Königl. Sächsischen Rechten. Leipzig 1828. I. B. §. 68. Von dem Retentionsrechte, welches gegen den Schuldner zusteht, dessen Wirkungen im Concurse, und über jus retentionis simplex und qualificatum.

Wilhelm Franke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. Erste Abtheilung. Göttingen 1828. Zweite Abhandlung. Zum Retentionsrechte gegen dingliche Klagen. S. 58 bis 63.

Joh. Adam Fritz Erläuterungen ꝛc. zu v. Wening Ingenheims Lehrbuch des Civilrechts. Heft I. Freiburg 1834. S. 490 bis 495. Von dem besondern Retentionsrechte des Pfandgläubigers.

Friedr. Wilh. von Tigerström das römische Dotalrecht. Band II. Berlin 1832. §. 56. S. 221 sq. §. 57—61 incl. §. 64. S. 315—330. Von den alten retentiones ex dote und überhaupt dem Retentionsrechte des Ehemannes an der dos.

Sintenis Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836. §. 27. S. 243—247. über das Retentionsrecht des Pfandgläubigers wegen einer chirographarischen Foderung und die Wirkungen desselben im Concurse.

Mackeldey im Lehrb. des heutigen römischen Rechts. Bd. II. §. 772. über die Wirkung des Retentionsrechts im Concurse.

Obschon mir es gelungen ist, gar manche dieser Schriften zu erlangen und durchzusehen, so habe ich doch aus zwei Gründen der Angabe eines Urtheils über ihren Inhalt mich enthalten, einmal weil ein solches meist später in der Beurtheilung der von ihnen vertheidigten Meinungen mit gegeben ist, theils für das meinen Untersuchungen gesteckte Ziel die Bearbeitungen der einzelnen Retentionsfälle nur von einem untergeordneten Interesse sind.

Noch andere Schriften, ältere wie neuere, welche jedoch hauptsächlich andern Rechtsmaterien, als dem Retentionsrechte gewidmet sind, berühren gewichtige Fragen unserer Lehre. Hinsichtlich ihrer beziehe ich mich auf die Citate zu meinem Texte.

§. IV.

Der Plan meiner Untersuchungen.

Nicht die sich überhebende Meinung, als vermöchten meine Kräfte zu leisten, was von den Meistern unserer Wissenschaft für die Lehre des Retentionsrechtes noch unerfüllt gelassen wurde, hat das Unternehmen dieser Blätter hervorgerufen. Eine Hinneigung zu ihrem Gegenstande lenkte meine Beschäftigung in den höchst spärlichen Mußestunden, welche meine mit Berufspflichten überlastete Amtliche Stellung kaum übrig ließ, auf die Litteratur über das jus retentionis. Ich glaubte in ihr zu gewahren, was ich oben im §. II. angedeutet habe; auch hatte ich in einer zwölfjährigen advocatorischen Praxis und mehrjährig als Richter Gelegenheit, zu bemerken, daß viele einschlagende practisch wichtige Fragen über Retentionsrecht von der Doctrin bisher ganz unberührt gelassen oder höchst ungenügend beantwortet, oft kaum nur genannt worden waren. Wenn ich jetzt das Resultat meiner Studien öffentlicher Beurtheilung ausstelle, so verbinde ich damit den Zweck, das einsichtigere Urtheil Anderer meinem Gegenstande des Interesses zu thatkräftigerer Beachtung wieder zuzulenken. Meine Untersuchungen halte ich demnach für mehr nicht, als für eine Gesammtfrage an die juridische Einsicht unserer Wissenschaft; zu einer solchen Frage, die mit ihren ohnmaßgeblichen Ansichten die Antwort nur befördern will, möchte die Praxis vor Allem berufen seyn, da sie uns die Hindeutung giebt, wo Antwort nöthig sey.

Es konnte zunächst nicht meine Absicht seyn, mit den einzelnen Retentionsfällen mich zu beschäftigen; denn ehe sich für sie mit Erfolg arbeiten läßt, müssen wir die Basis der Grundsätze zimmern, welche in den Einzelfällen nur ihre Anwendung finden. Das Gebiet der einzelnen Retentionsfälle ist nicht zu erschöpfen;

die Grundsätze des Retentionsrechtes aber werden immer denselben eine Antwort bieten, welche ausreicht. Für die wissenschaftliche Bearbeitung dieser Grundsätze haben darum die Einzelfälle auch nur als Belege der Richtigkeit der erstern ein Interesse und nur in solcher Beziehung habe ich, auch von ihnen Notiz zu nehmen, mich veranlaßt gesehen. Für diesen Zweck reichte es aber aus, der Retentionsfälle beispielweise nur kurz zu gedenken, und nicht ängstlich auch in ihrer Aufzählung nach der Vollständigkeit der Nennung der bisher schon wissenschaftlich bekannten und bearbeiteten zu streben; noch weniger glaubte ich, die specielle wissenschaftliche Bearbeitung, welche viele einzelne Retentionsrechtsfälle in zahlreichen Schriften erfahren haben, genau verfolgen und in ihrem besondern Detail einer Beurtheilung unterwerfen zu müssen. Es kann allerdings nicht ohne Interesse für die Wissenschaft unseres Rechtes und auch für den Practiker seyn, neben der Aufstellung der Grundsätze auch eine genaue Bearbeitung der einzelnen Fälle des Retentionsrechtes zu besitzen; allein eine solche Bearbeitung glaubte ich hier, wo schon des Staffes so viel mir entgegentrat, um der Concinnität der Darstellung der Principien nicht zu schaden, unterlassen zu müssen. Nur die wichtigeren Fälle habe ich auch in dieser Beziehung etwas mehr berücksichtigt, sowie ich auch, um den practischen Werth meiner Untersuchungen möglichst zu vermehren, zahlreicher in der Aufzählung der Einzelfälle geworden bin, als sonst wohl der Zweck der Belegung der Grundsätze durch sie erheischt hätte. Sollte das Urtheil der Einsichtigen über meine Grundsätze des Retentionsrechtes mich ermuthigen, dieser Lehre noch einmal meine Muße zu widmen, so dürfte ich mich wohl versucht fühlen, in einer besondern Schrift eine ausführlichere Ausarbeitung der Wissenschaft der einzelnen Retentionsfälle und zugleich eine Zusammenstellung der Grundsätze der deutschen Legislationen über unser Recht nachfolgen zu lassen.

Was das System der Aufstellung der Grundsätze in den nachfolgenden Untersuchungen betrifft, so glaubte ich den angemessensten Weg zu gehen, wenn ich von den Bemerkungen über

die Natur des Retentionsrechtes überging zu den Grundsätzen über die Requisite desselben, hierauf die in dem Ersten Requisite fundirten, ihm daher füglich nachfolgenden Grundsätze über die Entstehung und die darnach sich normirenden Eintheilungen unseres Rechtes besprach, sodann die Untersuchungen über die Connexitätskategorien mit ihren einzelnen Retentionsfällen folgen ließ, mich nach solchen über die Wirkungen unseres Rechtes verbreitete und endlich den Kreis der Entwickelung der allgemeinen Grundsätze mit denen über die Erlöschungsarten desselben beschloß. Meine Demonstration zerfiel auf diese Weise in sechs Abschnitte. Den Connexitätskategorien, welche eigentlich nur eine weitere Ausführung des Requisites der Connexität der Foderung sind, habe ich darum einen eigenen Abschnitt zugetheilt, da sie in ihren Specialitäten sich doch von den allgemeinen Grundsätzen über die Nothwendigkeit der Connexität abscheiden und auch in einen solchen Raum der Darstellung sich ausbreiten, welcher der Uebersicht halber wohl am füglichsten für sich zusammensteht. Ich habe ihnen den Abschnitt nach den Grundsätzen über die Entstehung unseres Rechtes angewiesen, weil ich, diese den einzelnen Fällen vorangehen zu lassen, doch angemessener fand. In den Citaten der Schriften bin ich zahlreich gewesen, einmal weil bei der noch nicht viel im Zusammenhang bearbeiteten Lehre des Retentionsrechtes eine durch Hinweisung auf die bezügliche Stelle der Schrift erwirkte mehrere Aufschließung der frühern Litteratur wohl um so mehr von wesentlichem Interesse ist, als von diesen ältern Schriften wohl häufig nur die eine, nicht aber auch die andere in des Lesers Besitz seyn wird, sodann weil gerade aus der reichern Zusammenstellung der Litteratur bei der einzelnen in Frage befindlichen Untersuchung die Art der früher herrschenden Beurtheilung und Behandlung unseres Stoffes am klarsten nur erkannt werden kann.

Abſchnitt I.

Allgemeine Bemerkungen über die Natur des Retentionsrechts.

§. 1.

Das Retentionsrecht als exceptio doli.

Die Abſicht, ſeinen Rechten Befriedigung zu ſchaffen, mußte von jeher ihr bereiteſtes Mittel in der Rückhaltung einer Sache finden, welche demjenigen gehört, gegen den dem Beſitzer der Sache eine Foderung zuſteht. Plus enim cautionis in re est, quam in persona [1]); und es will doch unbillig bedünken, eine ſolche Sicherheit durch Rückfoderung der Sache entziehen, die eigene Schuld aber unbefriedigt laſſen zu wollen [2]). Schon zur Zeit des alten jus civile der Römer kannte man darum unſer jus retentionis [3]), wenn es auch Anfangs nicht häufig vorgekommen, ſondern wohl nur auf gewiſſe beſtimmte Fälle beſchränkt geweſen ſeyn mag, ehe es nach und nach durch des Prätors

1) l. 25 D. de reg. jur. 50, 17.

2) *G. L. Boehmer* diss. de jure retentionis §. 6. in deſſen Elect. jur. civ. Tom. II. exercit. XIII. — *F. A. Ch. Schnorr* diss. de jure retentionis ejusque causis et effectu §. 1. — L. 1. D. quod quisque jur. in alt. 2, 2.

3) Man ſehe §. 1. der Einleitung. *Wolfg. Ad. Lauterbach* disp. de retentione §. 4. *G. L. Boehmer* l. l. §. 6. G. Hugo Lehrb. der Geſchichte des Röm. Rechts bis auf Juſtinian. ed. 11. Berlin 1832. S. 548. 928 sq. 1001. 1123. S. W. Zimmern Geſchichte des R. R. Bd. I. §. 167. 168. 170. 171. A. S. Schweppe röm. Rechtsgeſch. ed. III. §. 400. 412. *Schnorr.* l. l. §. 13.

Schutz mehr Feld der Wirksamkeit sich eroberte [4]). Denn höchst fruchtbar für das Retentionsrecht wirkte das jus praetorium durch seine exceptio doli generalis, welche jedem Begehren im Rechtswege entgegentrat, was die Billigkeit für sich nicht in Anspruch nehmen konnte [5]). Die Wirkung des prätorischen Rechts zu Gunsten unseres jus retentionis hat dasselbe folglich häufig unter der ausdrücklichen Firma als „exceptio doli" gerichtlich auftreten lassen, daher es in den römischen Gesetzen oft nur ohne weiteren, die retentio andeutenden, Zusatz oder noch neben einem solchen als exceptio doli bezeichnet wird [6]). Da nun aber diese exceptio bei weitem mehr umfaßte, als den Einwand der Retention [7]), so muß man bei Beurtheilung der die exceptio doli zutheilenden Gesetze vorsichtig erwägen, ob das Gesetz von jus retentionis und nicht von einem andern durch aequitas unter-

4) G. Ph. v. Bülow Abhandlung über einzelne Materien des röm. bürgerl. Rechts. Th. II. Braunschweig 1818. Abh. XXIV. S. 225.

5) *G. L. Boehmer* l. l. §. 6. *Schnorr* l. l. §. 1. l. 2. §. 5. l. 12. D. de dol. mal. et met. exc. 44, 4. „Qui aequitate defensionis infriorere potest actionem, doli exceptione tutus est."

6) §. 30. 32. 33. 34. Inst. de rer. div. 2, 1. l. 23. §. 4. l. 27. §. 5. l. 48. 65. D. de rei vind. 6, 1. — l. 7. §. 12. l. 9. pr. u. §. 1. D. de acq. rer. dom. 41, 1. — l. 11. 27. §. 1. l. 28. D. de oxal. act. 9, 4. — l. 14. §. 1. D. commun. div. 10, 3. — l. 4. §. 9. l. 5. §. 1. l. 14. D. de dol. mal. et met. exc. 44, 4. — l. 21. D. solut. matrim. 24, 3. — l. 1. pr. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. 20, 6. l. un. C. etiam ob chirograph. pec. pign. teneri posse. 8, 27. *Gaji* Inst. Com. Lib. II. §. 76. 77. 78. col. Lib. II. §. 116. *Boehmer* l. l. §. 6 in fin. Glück Comm. Bd. 15. S. 118. Bd. 27. S. 443.

7) l. 28. D. de nox. act. 9, 4. l. 25. §. 2. D. de pactis. 2, 14. — l. 2. §. 5. D. cit. 44, 4. „ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem." *Gaji* Inst. Lib. IV. §. 116. *Mich. Koenig* (praes. Reusner) de jure retentionis §. 19 num. (5.) J. A. M. Albrecht Preisschrift: die Exceptionen des gem. teutschen Civilprozesses geschichtlich entwickelt. München 1835. §. 6. S. 25. §. 16. S. 74 sq. Selbst das Pfandrecht wurde als exceptio doli opponirt. *G. Noodt* Commentor. ad Dig. L. 20. tit. 1. §. Reliquum est. Tom. II. Operum pag. 446. Glück Comm. Bd. 18. S. 187 auch die exceptio indebiti l. 3. Cod. de cond. indeb. 4, 5. l. 5. §. 1. D. de act. emt. vend. 19, 1.

ſtützten Einwande zu verſtehen ſey, z. B. namentlich der Compenſation[8]). Auch darf man nicht unbeachtet laſſen, daß das Wort „exceptio“ in den Römiſchen Geſetzen keinen Beleg dafür giebt, daß in dem Geſetze von einer wirklichen Einrede nach unſern prozeßrechtlichen Grundſätzen die Rede ſey, da wir jetzt Manches zur Einlaſſung auf die Klage rechnen müſſen, was nach römiſchem Prozeßrechte in das Gebiet der exceptio gehörte[9]); daher der Ausdruck „exceptio doli“ in den römiſchen Geſetzen nur um ſo unſicherer dafür zeugt, es ſey darin von unſerm jus retentionis die Rede, welches, wie wir ſpäter zeigen werden, eine eigentliche und zwar dilatoriſche Einrede des deutſchen Prozeßrechtes bildet.

§. 2.

Bedeutung des Wortes retinere, retentio. Synonyma für jus retentionis.

Die geſetzlichen Aeußerungen über Retentionsrecht ſind im ganzen Corpus juris romani zerſtreut. Für ihre Aufſuchung

8) §. 30 Inst. de action. 4, 6. l. 61. pr. D. locati. 19, 2. l. 8. pr. D. de dol. exc. 44, 4. „dolo facit, qui petit, quod redditurus est.“ l. 44. §. 1. D. sol. matr. 24, 3. l. 173. §. 3. D. de R. J. 50, 17. *Zanger* de exception. P. III. C. 5. n. 36. Albrecht a. a. O. §. 18. S. 87—89. Hänel üb. actio u. exceptio doli im Arch. fr. civ. Prax. Bd. 12. S. 419—432., der ſie S. 423. die exc. compensationis, weil ihr gegenüber die Klageforderung an ſich nicht ungerecht und unbillig ſey, nicht umfaſſen laſſen will; allein gewiß mit Unrecht, wie die übrigen meiner Citate zeigen. Die l. 36. D. de adm. tut. 26, 7. ſagt ja ausdrücklich „aequitas — merum jus compensationis inducit“ und §. 39. Inst. cit. bezeugt den Gebrauch der Compenſation bei stricti juris judiciis als exc. doli verb.: „sed et in stricti juris judiciis ex rescripto divi Marci, *opposita doli mali exceptione*, compensatio inducebatur.“ S. auch noch Haſſe im Arch. fr. civ. Prax. Bd. VII. S. 167. 172. sq. Bethmann Hollweg im Rhein. Muſeum Jahrg. I. H. 4. S. 275. 276. sq. Krug die Lehre von der Compenſation. Leipzig 1833. §. 16. 18. sq.

9) Albrecht a. a. O. §. 7. S. 36. 37. §. 17. §. 36. S. 176. §. 38. S. 185. — J. Knappe Verſuch einer Entwickelung des Begriffs der Exceptionen. München 1835. §. 28. 39.

und Erklärung iſt darum wichtig, darauf aufmerkſam zu machen, daß das Wort „retinere, retentio“ in den Quellen des römiſchen Rechts nicht blos mit der Bedeutung gebraucht worden iſt, worin es unſer jus retentionis bezeichnet, daher der Ausdruck „retinere“ oder „retentio“ in den Geſetzen wiederum noch nicht dafür zeugt, daß in ihnen von dem jus retentionis die Rede ſey. Wir finden das Wort „retinere“ in zweierlei Bedeutungen in den römiſchen Geſetzen: der grammatiſchen und der juridiſchen. In der 1) grammatiſchen finden wir es a) in der urſprünglichen von re und teneo für zurückhalten, anhalten, aufhalten, etwas nicht aus der Hand, aus dem Beſitze laſſen, den Beſitz alſo fortſetzen, ihn nicht verlieren, ohne irgend eine Beziehung auf jus retentionis [1]); b) in der von jener abgeleiteten für etwas in ſeinem Zuſtande fortbeſtehen laſſen, in dem vorigen Zuſtande zu bleiben nöthigen, in einem Zuſtande oder Verhältniſſe dauernd ſeyn und bleiben, von einer Handlung abhalten, als Grundſatz feſthalten, im Gedächtniß haben, und behalten, zurückverlangen, wiedererlangen [2]). In der 2) ju-

1) l. 52. §. 1. 2. D. ad L. aq. 9, 2. — l. 8. §. 1. eod. — §. 8. D. Inst. de L. aq. 4, 3. — l. 6. l. 25. §. 1. D. d. a. v. a. p. 41, 2. §. 4. u. 5. Inst. de Interd. 4, 15. l. 1. §. 11. D. de aq. et aq. pl. ak. 39, 3. l. 16. §. 1. C. de usufr. et hab. 3, 33. — l. 8. §. 1. D. de servit. 8. 1. — l. 8. D. commod. 13, 6. — l. 1. u. 3. D. de hom. lib. exh. 43, 29. — l. 6. §. 1. D. loc. 19, 2. l. 12. §. 4. l. 32. 53. D. de usuf. 7, 1. l. 3. D. de sent. pass. et restit. 48, 23. — l. 26. §. 1. D. de pact. dotal. 23, 4. — l. 10. D. de vi et vi arm. 43, 16. — l. 28. Cod. de don. 8, 54. l. 6. pr. D. de reb. auct. jud. poss. 42. 5. — l. 7. D. de captivis. 49. 15. — l. 72. D. de proc. 3, 3. l. 16. D. de lib. leg. 34, 3. l. 10. pr. D. quemadm. serv. am. 8, 6. — l. 25. §. 1. D. solut. matrim. 24, 3. — l. 15. §. 8. l. 25. pr. D. ad L. Falc. 35. 2. l. 1. §. 18. l. 21. 68. §. 1. D. ad S. C. Treb. 36, 1. *Mich. Koenig* (Reusner) disp. de jure retentionis §. 5.

2) l. 19. §. 1 D. de serv. praed. urb. 8, 2. — l. 16. ult. D. de his, quae ut indign. 34, 9. l. 95. §. 3. D. de solut. 46, 3. — l. 3. §. 8. D. de jure fisci 49, 14. — l. 25 D. de leget. praest. 37, 8. l. 1. §. 4. l. 3 D. de conjung. cum emanc. lib. ejus 37, 8. — l. 4 D. de interdictis 48, 22. — l. ult. D. si tot. vel cor. 49, 10. l. 48. D. d. a. v. o. her. 29, 2. — l. 12. D. de castr. pecul. 49, 17. — l. 61. D. de don.

ridischen Bedeutung finden wie es a) für compensiren, Abzug machen, die Sache sich zueignen (percipiren)[3], b) dasjenige jus retentionis ausüben, mit welchem wir uns in diesen Blättern beschäftigen[4]). Die grammatische und juridische Bedeutung ist oft, wie ich in der Einleitung §. II. schon zeigte, von den Schriftstellern über jus retentionis nicht genug geschieden, ja völlig verwechselt worden, wodurch Irrthum und Unklarheit in ihre Lehre eingedrungen ist[5]). — Für jus retentionis finden wir in den Gesetzen außer der schon erwähnten Bezeichnung von „exceptio doli“ (siehe §. 1. Not. 6.) noch den Ausdruck „de-

int. vir. et ux. 24, 1. l. 4. §. 8 D. de re milit. 49, 16. — l. un. §. ult. C. 4, 3. — l. 93. §. 2. D. de solut. 46, 3 l. 92 D. de cond. et dem. 35, 1. — l. ult. C. de reb. cred. 4, 1. — §. 11 Inst. de hered. quae ab. int. 3, 1.

3) l. 4. 20. D. de compens. 16, 2. — l. 30. pr. D. de act. emt. 19, 1. l. 5. 15 D. de impens. in res dot. 25, 1. — §. 37. Inst. de act. 4, 6. l. 21. l. 58 §. 3 D. ad S. C. Treb. 36, 1. l. 15. §. 3. l. 23. l. 73. § fin. col. l. 37. § 2 D ad Leg. Falc 35, 2. l. 16. D. eod. l. un. C. quor. legat. 8, 3. §. 9 Inst. de fideic. hered. 2, 23. l. 23 §. 1. D. de cond ind. 12, 16. l. 11. C. depos. 4, 34. l. 13. D. de negot. gest. 3, 5. *Mich. Koenig* (Reusner) l. l. §. 6. num. 1. 2. 3. *Muhlpfort* l. l. th. 27. not. ψ l. un. §. 5 C. de rei ux. act. 5, 13. col. lege 7 §. 5. D. solut. matrim. 24, 3. *J. P. Molignatus* tractatus de retentione quaest. V. u. VII. *C. P. Richter* diss. de jure retentionis thes. V. *Carpzov* P. 2. c. 25. def. 17. n. 8. *Stryk* us. mod. Lib. 16. tit. 2. §. 15. Glück Comm. Bd. 15. S. 117. Not. 10.

4) cf. die später unser jus ret. belegenden Gesetze. Ueber die Bedeutung des Wortes retinere vergleiche man: *Brissonius* de verb. signif. sub vomb. *Retentio*, *retinere*. *Richter* l. l. th III. V. *P. J. Hensler* diss. de jure retentionis §. 1 Schol. *Koenig* l. l. u. §. 7. *O. Ch. Steinhauserus* (praes. Schwendendorfer) diss. de retentione. §. 1. 2. 3. *Valett* de retentionibus ex dote faciendis. Introductio. *Joh. Just. Muhlpfort* (praes. Strauch) jus retentionis. th. I. II. cum notis. *G. Ch. Meuselt* (praes. Romano) th. II. III. *Lauterbach* l. l. §. 1. *J. G. Ranft* de jure retentionis diss. §. 1. J. C. W. Taselius Lehre vom Retentionsrechte §. 7. not. a.)

5) Man sehe hierüber *Hensler* l. l. §. 1. add. 1. 2. b) d) *J. F. Ludovici* diss. de jure retentionis ex diverso etiam causa competente. §. 16.

tentatio“ [6]). Man behauptet auch „pensatio“ und „compensatio“ sey für retentio gebraucht worden; namentlich wird auf den Grund dieser Behauptung der Ausdruck „jure pensationis“ in der l. 18. §. ult. D. commodati 13, 6. in gewichtiger Beziehung, wie sich später §. 62. ergeben wird, von dem jure retentionis verstanden. Allein weder die l. 18. §. ult. cit., noch andere Gesetze (etwa l. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. 27, 4. l. 48. D. de rei vind. 6, 1. l. 1. Cod. rer. amot. 5, 21. l. 5. D. de impens. in res dot. 25, 1.) belegen diese Behauptung, denn nirgends liegt in diesen Gesetzen eine Nöthigung das Wort „compensatio, pensatio“ nicht von der eigentlichen Compensation zu verstehen [7]). Glück, welcher jene Behauptung im Comm. Bd. 15. S. 127. und Bd. 32. S. 291. sq. aufstellt, beruft sich auf Guilelmus *Fornerius* select. Lib. II. cap. 14. (in Ottonian. Thes. Tom. II. p. 63) und *Noodt* Comment. ad Dig. L. 13. tit. 6. §. ult. (op. Tom. II. pag. 320); beide haben jedoch für ihre gleiche Behauptung kein Citat weiter, als die l. 18. §. ult cit. selbst, um deren Verständniß es sich dabei erst handelt. Daß sie nicht vom jure retentionis, sondern jure compensationis zu verstehen sey, werden wir später §. 62. mehr noch zeigen. Uns genügt hier die Bemerkung, daß pensare, pensatio wohl für compensare, compensatio [8]) und manche

6) l. 5. pr. D. de imp. in res dot. fact. 25, 1. l. 8. §. 7. C. de repud. 5, 17.

7) Krug a. a. O. §. 32. S. 98. Not. 196.

8) l. 33. 39 D. sol. matrim. 24, 3. — l. 8 §. 2. l. 11 D. de negot. gest. 3, 5. — l. 4 D qui pot. in pign. 20, 4. — l. 18 D. de pign. act. 13, 7. — l. 13 §. 2. D. de pign. 20, 1. — l. 35. §. ult. D. locat. 19, 2. — l. 32. D. de rei vind. 6, 1. — l. 15. D. de compens. 16, 2. — l. 67. §. 3. 4. de legat. II. 31. — l. 52. §. 2. D. fam. ercisc. 10, 2. — l. 8 §. 2. D. de negot. gest. 3, 5. — Bethmann Hollweg im Rhein. Museum Jahrg. I. Heft 4. S. 268. Man sehe über die gesetzliche Bedeutung von pensare, pensatio überhaupt: *Brissonius* de V. S. sub vocib. „pensatio, pensare,“ welcher die pensatio in der l. 18. §. ult. D. commod. ebenfalls von „compensatio“ versteht, und der retentio als deren Bedeutung gar nicht gedenkt.

andere Worte [9]), nicht aber zweifelsfrei für retinere, retentio, in den Gesetzen gebraucht getroffen wird. — Häufig wird in den Gesetzen das jus retentionis mit seiner Wirkung nur umschrieben, und dabei weder als exceptio doli, noch retentio ausdrücklich bezeichnet [10]). Am häufigsten finden wir die Bezeichnung „retentio, retinere" selbst [11]).

§. 3.

Begriff des Retentionsrechts. Ist es Wirkung des Besitzes?

Das Retentionsrecht — dessen Begriff hier seine Stelle empfängt, um für die folgenden, unser jus von andern verwandten Rechtsinstituten unterscheidenden, Untersuchungen eine klarere Grundlage zu gewinnen, obschon er eigentlich nur das Resultat der spätern Entwickelungen der Requisite und Wirkungen des jus retentionis ist, — besteht in dem Rechte, die rechtmäßig in Besitz bekommene, einem Andern gehörige, Sache so lange an sich zu behalten, bis eine Foderung des Besitzers der Sache, welche entweder gleich ursprünglich mit der Sache in Verbindung gestanden hat, oder nach gesetzlicher Vorschrift oder in Folge Vertrags mit ihr in Verbindung gebracht worden ist, befriedigt wurde. Die Belege für diesen Begriff werden die spätern Abschnitte lie-

9) Z. B. für expendere, examinare L. 55. C. Theod. de odpell. Lib. XI. tit. 30. — l. un. C. si quis imp. maled. 9, 7 „ut ex personis hominum dicta pensemus."

10) l. 1. Cod. si res aliena pign. 8, 16. — l. 13 pr. D. de usufr. 7, 1. — l. 5. D. de dote praeleg. 33, 4. — l. 5. Cod. in quib. caus. pign. 8, 15. — l. 29. §. 2. D. de pign. 20, 1. — l. 6. 7. §. 2. l. 9 pr. l. 44. §. 1. D. de damn. inf. — l. 9. §. 3. D. ib. 39, 2. l. 8 D de incendio 47, 9. l. 25. §. 4. l. 55. D. sol. matr. 24, 3. — l. 24. Cod. de evict. 8, 45 u. a. m.

11) l. 1. pr. D. de pign. 20, 1. — l. 26. §. 4. l. 51. D. de cond. ind. 12, 6 u. v. a. m., wie die spätern Citate von Gesetzen über Retentionsrecht belegen werden.

fern[1]). Ich will hier nur noch gedenken, daß sehr viele Schriftsteller das Retentionsrecht unter den Vortheilen, Rechten oder

1) Wie höchst verschieden man das Retentionsrecht zeither definirt hat, dieses mögen nur folgende Begriffsbestimmungen zeigen. *Molignatus* l. l. qu. 1. sagt: „Retentio est quaedam juris antiqui reservatio, nihil de novo tribuens.“ *Althusius* l. l. num. 1: „Retentio est qua species debitoris non debita, cujus possessio sine vitio bona fide et justo titulo ad creditorem pervenit, ab eodem donec a debitore solutio fiat, retineri potest ex causa debito vel speciei retentae cohaerenti.“ *Koenig* (Rosner) l. l. §. 8: „Retentio est retardatio traditionis, rei ad alium pertinentis, ex justa causa competens.“ *Ludovici* l. l. §. 2: „Retentio est jus competens creditori rem debitoris possidenti adversus debitorem illam rem repetere volentem, vi cujus creditor dictam rem prius restituere non tenetur, quam ipsi debitum liquidum a debitore persolutum fuerit.“ Aehnlich der letztern sind die Definitionen von *Mevius* P. 2. decis. 214 num 2 in not. *Matth. Colerus* de processib. executivis part. 1. cap. 2. num. 214 u. 262 *Schmidius* (in §. 6 Not. 1 citatus) §. 2. *Richter* l. l th. VI. *Lauterbach* l. l. §. 2. *Steinhauserus* l. l. §. 4. *Meusell* (Romanus) l. l. th. 4. *Muhlpfort* (Strauch) l. l. th. III. *Boehmer* l. l. §. 1. *Schnorr* l. l §. 3. *Ranft* l. l. §. 1 in fin. Faselius Lehre vom Retentionsrechte ed. II. §. 5. Glück Com. Bd. 15. §. 936. S. 115. v. Wening Ingenheim Lehrbuch des Gemeinrechts I. B. §. 169. Thibaut System des Pandectenrechts ed. 8. §. 224 und andern Schriftstellern über unsern Gegenstand mehr, nur daß diese ähnlichen Definitionen unter einander im Wesentlichen oft darin abweichen, daß sie vom debitum den Beisatz liquidum weglassen und dafür connexum substituiren, oder blos debitum ohne Beisatz sagen, die Frage der Liquidität und Connexität der Forderung im Begriffe also gar nicht berühren, und daß sie die Sache nicht blos als die des Schuldners, sondern auch als Sache eines Dritten bezeichnen, als res alteri debita. Wieder mehr abweichende Definitionen geben *Heisler* l. l. §. 1, welcher sagt: „jus retentionis est jus rem alienam, finita licet causa, ob quam eam adhuc possedimus, non restituendi propter debitum.“ Schweppe röm. Privatrecht ed. 4. §. 1834, der gewiß sehr ungenau lehrt: „Retentionsrecht sey die Befugniß, einem Andern den Gegenstand seines Rechts vorenthalten zu dürfen.“ Sehr schwierig gestellt ist die Definition von Sintenis Pfandrecht. Halle 1836. §. 5. S. 21: „das Innebehaltungsrecht, Retentio, ist das Recht des Inhabers einer fremden Sache, welcher Gläubiger ihres zur Vindication berechtigten Eigenthümers, oder dessen in Bezug auf dieselbe ist, der sie mit einer persönlichen Klage fodern könnte, sie so lange gegen diese Personen, wie gegen Andere, welche ihr Foderungsrecht von

Wirkungen des Besitzes aufgezählt haben [2]), weil, wie der obige Begriff schon lehrt, ohne Besitz der zu retinirenden Sache das Retentionsrecht nicht möglich ist. Ich vermag jedoch dieser Ansicht aus folgenden Gründen nicht beizutreten. Man muß zwischen dem, was der Besitz als solcher wirkt und zwischen dem, was er wirkt, wenn er mit etwas Anderem in Verbindung tritt, unterscheiden. Für vieles ist er Requisit, ohne daß dasjenige, was er fördern hilft, nur sein Resultat sey. Wäre das jus retentionis eine Wirkung des Besitzes, so würde und müßte dasselbe jedem possessor als solchem schon zustehen; allein der oben angeführte Begriff dieses Rechtes und noch mehr die folgenden Entwickelungen lehren es, daß das jus retentionis nicht jedem Besitzer einer Sache zusteht, weil es nicht blos den Besitz, sondern noch gar manche andere Zustände als seine Requisite voraussetzt. Es hat daher auch nicht an gewichtigen Rechtslehrern gefehlt, welche das Retentionsrecht zu den Wirkungen des Besitzes nicht gezählt haben [3]).

---

diesen ableiten, zu behalten, bis seine Foderung befriedigt ist." G. Phil. v. Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerlichen Rechts. Th. II. Braunschweig 1818. Abh. 24. S. 218 sq. beschreibt das Retentionsrecht also: „dasselbe hat nur die Fortsetzung des physischen Besitzes einer Sache zum Gegenstande und bezweckt, das qualificirte Retentionsrecht des Pfandgläubigers ausgenommen, Sicherheit wegen eines Anspruchs, der sich auf solche bezieht, die eine fremde und zwar dem Schuldner wenigstens in dem Augenblicke zuständige seyn muß, wo das Recht geltend gemacht wird; es dauert bis zur Befriedigung des Anspruchs."

2) *Struk* diss. de possessione per cant. non auferenda Cap. II. §. 3. Thibaut über Besitz und Verjährung. Th. 1. §. 25 num. 5. S. 58. Dessen System ed. 8. §. 223. v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 168. Fritz Erläuterungen zu v. Wening Ingenheim Lehrb. zu §. 168. Heft 1. S. 218. Hufeland v. Besitz S. 34. Faselius v. Retentionsrechte §. 4 num. III. Glück Com. Bd. 2. S. 585. 591. 592. pr. Schweppe röm. Privatr. ed. IV. Bd. II. §. 213. S. 7. num. 3. Die bayerische Gesetzgebung rechnet das Retentionsrecht auch unter die Wirkungen des Besitzes. Christ. Ernst v. Wendt Abhandlungen u. Rechtsfälle zur Erläuterung des gemeinen bayerischen u. sächsischen Civilprozesses. München 1836. Abh. I. §. 23. S. 37.

3) v. Savigny vom Besitze. §. 3 in fin. §. 4 in fin. Rossirt im Arch. fr.

§. 4.

Das jus retentionis als eigenthümlich geartetes Recht.

Für Gewinnung der richtigen Grundsätze über jus retentionis gilt als wichtigste Rücksicht, daß die römischen Gesetze — die Folge wird es lehren — dasselbe als ein für sich bestehendes, keinem andern Rechte wie Theil angehöriges, in sich selbst so eigenthümlich geartetes Recht enthalten, daß man es ohne Fehlgriffe gegen das, was Rechtens ist, mit irgend einem andern Rechtsinstitute gar nicht vermengen kann. Sowohl in meiner praktischen Thätigkeit als Anwalt und Richter, als auch bei meinen Forschungen auf theoretischem Gebiete hat sich mir häufig die Bemerkung aufgedrängt, wie höchst nachtheilig die Verkennung des individuellen Characters des Retentionsrechtes auf die practische Handhabung desselben und die Aufstellung der Grundsätze darüber zu wirken vermöge. Das Retentionsrecht, dessen Grundsätze ich hier zu entwickeln versuche, ist seiner Individualität nach scharf zu unterscheiden: a) von dem Rechte der Rückhaltung einer Sache, welches Ausfluß eines andern Vertrages oder sonstigen Rechtsverhältnisses ist. Das Eigenthum sowohl als das Pfandrecht, die Grundsätze über Compensation wie Kaufvertrag und andere Verträge und Rechtsinstitute gewähren oft als solche schon, ganz abgesehen davon, ob sonst noch in jure ein jus retentionis sich finde, dem Besitzer der Sache die Befugniß, dieselbe an sich zu behalten für immer oder auf Zeit, bis etwas Anderes erfolgt ist, ohne daß wir folglich der Grundsätze des jus ret. bedürfen, um diese Rückhaltung zu rechtfertigen. Bekanntlich darf der Eigenthümer schon jure dominii sein Eigenthum, der Pfandgläubiger jure pignoris das in seinen Besitz gegebene Pfand bis zur Bezahlung der Pfandschuld, der zur Compensation Befugte jure compensationis die in Compensation kommende Sache des Gegners, der Verkäufer jure venditionis die res vendita bis zur Bezah-

civil. Prax. Bd. 8. S. 12. *Schnorr* l. l. §. 3. §. 9. Not. 6. Mühlenbruch Lehrb. Th. II. §. 234. Not. 7.

lung des Kaufpreiſes, der Erbe nach Erbrecht quartam partem hereditatis ex Lege Falcidia etc. an ſich und reſp. zurückbehalten; das Recht hierzu iſt die unmittelbare Folge der Grundſätze jener Rechtsinſtitute, ohne daß man dabei auf irgend ein von ihnen verſchiedenes ſelbſtſtändiges jus retentionis zurückzugehen hätte. Ja es bemißt ſich auch nur nach den Rechtsgrundſätzen über jene Inſtitute der Umfang des Rechts zur Rückhaltung und die Art ſeiner Ausübung, ſo daß man ſehr fehlen würde, wollte man hierbei nach andern Grundſätzen verfahren. Um ſich in dem Zuſtande der Rückhaltung der fraglichen Sache zu erhalten, geben jene Grundſätze Klagen, Interdicte; ſie geben ferner hinſichtlich der Dispoſition über die res retenta umfangreiche Befugniſſe; Klagen, Interdicte und Befugniſſe, welche man ſämmtlich verſagen müßte, würden dieſe Rechte der Rückhaltung nach den Grundſätzen über das ſelbſtſtändige jus retentionis zu bemeſſen ſeyn. Auf. die Erwiderung: „wenn auch jenes Recht der Rückhaltung von dieſem jus retentionis verſchieden iſt, ſo iſt es doch auch ein jus retentionis und eine species des genus, wovon das andere jus retentionis auch nur eine species iſt," habe ich zu entgegnen: das Recht der Rückhaltung, was aus andern Verträgen oder Rechten fließt, iſt ein integrirender Theil des Inbegriffs der Rechte jener Inſtitute und ſo wenig ein Recht für ſich, als das Recht des Eigenthümers zum Fruchtgenuß kein von dem Eigenthum beſonderer ususfructus iſt; die Beſtandtheile, aus denen ein Recht beſteht, und die ihre Wurzel alle in dem Geſammtrechte haben, kann man nicht wieder als einzelne für ſich beſtehende Rechte anſehen und behandeln, da ſie einzeln nur Aeußerungen des ganzen Rechts ſind, die von deſſen Individualität ihre Geſetze empfangen. Dieſer letztere Umſtand iſt es, welcher das aus andern Rechten abfließende Rückhaltungsrecht als species unſeres jus retentionis zurückweiſt, weil es wiſſenſchaftlich nicht richtig iſt, von einer species generis zu reden, wenn die angebliche species ihre Lebensregeln und Bedingungen, überhaupt ihr Daſeyn einer ganz andern Quelle dankt, als dem genus, wovon ſie species ſeyn will. Aeußere Aehn-

lichkeiten in der Form der Erscheinung begründen noch keineswegs innere Gleichheiten des Wesens; daß eine retentio rei sine jure retentionis möglich sey und in den Gesetzen erwähnt sich finde, wird durch §. 2 Not. 1) 2) 3) belegt. Hierher gehört auch die retentio rei venditae, deren die l. 13 §. 8 D. de act. emt. 19, 1 gedenkt, da sie, nur eine Folge der Grundsätze über die Reihefolge der Leistungen bei dem Kaufvertrage, nach dem hier Vorgetragenen zu den Fällen des eigentlichen Retentionsrechtes nicht gerechnet werden kann, so gewöhnlich sie auch dazu gerechnet wird [1]). Es steht gewiß noch sehr dahin [2]), ob die l. 13 §. 8 D. 19, 1 von einer eigentlichen Einrede des Verkäufers zu verstehen sey, obschon sie unstreitig den letztern zur retentio rei venditae befugt; und doch müßte sie eine Einrede gewähren, wenn sie von dem jus retentionis spräche. Man sieht sogleich bei diesem Beispiele die practische Wichtigkeit zwischen retentio rei und eigentlichem jure retentionis. Bei Beurtheilung der Eintheilung unseres jus ret. in qualificatum und simplex oder materiale und formale werden die hier entwickelten Ansichten nur noch mehr ihre practische und theoretische Wichtigkeit und Richtigkeit bethätigen. Ganz im Einklange mit diesen Grundsätzen steht die Lehre einiger Rechtslehrer [3]) über unsern Gegenstand: „das jus retentionis finde dann erst statt, wenn die

1) Glück Com. Bd. 15. S. 115. Not. 6. v. Wening Ingenheim Lehrb. des Civilrechts I. §. 169. not. i. Thibaut Syst. des Pandectenrechts ed. 8 §. 224. not. c) Schweppe röm. Privatrecht ed. IV. §. 183. d. S. 406. not. 4) *Schnorr* l. l. §. 3 u. 11. num. III.

2) C. F. Mühlenbruch Lehrb. des Pandectenrechts II. Th. Halle 1836. §. 334. Not. 6. Wenn die Rechtslehrer Mühlenbruch a. a. O. Th. I. Halle 1835. §. 136. Not. 6. Glück Com. Bd. 15. S. 115. v. Wening Ingenheim a. a. O. I. §. 169. Thibaut Syst. §. 224 u. a. die l. 13 §. 8. D. 19, 1 von einem jure retentionis verstehen, und doch wiederum der Meinung beitreten, die exceptio non impleti contractus, welche sie in jener l. 13 §. 8 cit. finden, sey nicht Einrede, sondern Einlassung, so widersprechen sie sich offenbar selbst, da das jus ret. Einrede seyn würde.

3) *Heisler* l. l. §. 1. 2. *Ranft* l. l. §. 5 col. §. 4, wo er anführt, die retentio venditoris arg. leg. 13 §. 8. D. 19, 1 stehe nicht jure retentionis, sondern jure venditionis, zu. *Lauterbach* l. l. §. 9 med.

causa possessionis, mit welcher der Retinent zu beſitzen begonnen und zeither beſeſſen, ſo ſich gelöſt habe, daß der Beſitz dem Beſitzer eigentlich nicht mehr gehören würde, falls nicht das jus retentionis dazwiſchen getreten wäre.“ Dieſe Lehre, auf deren Bedeutung wir ſpäter wieder zurückkommen werden, ſtrebt das jus ret. allen Zuſammenhanges mit andern causis possessionis ledig darzuſtellen und in ſeine eigenthümliche ſelbſtſtändige Rechtsſphäre einzuweiſen. Es kann ſich allerdings treffen (z. B. bei dem Pfandrechte ſ. unten §. 59), daß, wo die beſondern Vertragsrechte die retentio rei erlauben, nach den Verhältniſſen auch das eigentliche jus ret. ſtatthaft ſeyn würde, wenn jene Vertragsrechte die Rückhaltung nicht ſchon geſtatteten; allein hieraus folgt immer mehr nicht, als höchſtens die Annahme: weil ſchon das jus ret. nach allgemeinen Grundſätzen Platz greifen würde, iſt dieſem adäquat das beſondere Vertragsrecht beſtimmt worden. Es leuchtet ein daß ebendeshalb, weil beſonderes Vertragsrecht hier in Mitte trat, auch nur dieſes in Rede und Rückſicht kommen darf, und die Rückhaltung nicht als ſpecielles jus ret., ſondern als in dem Umfange des Vertragsrechts begriffen erſcheint, darum aber auch nur nach den ſpeciellen Grundſätzen des concreten Vertrages ſich normirt. Um dem Geſagten mehr Deutlichkeit noch zu verleihen und Mißverſtändniſſen vorzubeugen, füge ich noch die Bemerkung an, daß ich nicht der Meinung bin, im Gefolge anderer Rechtsverhältniſſe könne ein eigentliches Retentionsrecht nicht entſtehen; im Gegentheil wird unſer Retentionsrecht ſehr häufig auf dieſe Weiſe in das Leben treten. Ich meine nur: dann handelt es ſich nicht von dem eigentlichen Retentionsrechte, wenn die retentio rei ſchon integrirender Theil eines andern Rechtes iſt, wie dieſes eben bei dem pignus, dominium, compensatio, dem Kaufe, dem Erbrechte ſich findet. Dagegen können dieſe Rechtsverhältniſſe allerdings zum eigentlichen Retentionsrechte Veranlaſſung geben, daher deſſen auch in den Geſetzen über jene Rechte mit Erwähnung geſchieht, was z. B. durch l. 80 §. 1 D. ad Leg. Falcid. 35, 2. l. 21 u. 36 D. ad S. C. Treb. 36, 1 l. 25 §. 4 D. sol. matrim. 24, 3 l. 1 §. ult. D. de dot.

praeleg. 33, 4. l. 24 Cod. de evict. 8, 45 belegt wird. Der Erbe hat, soweit die retentio rei nicht die deductio oder compensatio verwirklicht, zum Schutze seines Rechts auf die Falcidia oder Trebellianica und zum Schutze gegen Schaden aus übernommenen Pflichten allerdings auch das eigentliche Retentionsrecht an den vermachten Dingen, bis ihn der Bedachte befriedigt oder von den Pflichten befreit; ebenso hat der Ehemann das Retentionsrecht am fundus dotalis locatus, bis ihn die Ehefrau schadlos stellt, ferner der Käufer am Kaufgelde bei drohender Eviction, bis der Verkäufer ihn sichert. Diese jura retentionis werden zwar im Gefolge der Grundsätze über Erbrecht, Dotalrecht und Kaufvertrag mit erwähnt, sind aber nicht Folgen des Erbrechts, Dotalrechts und der Kaufvertragsrechte und Pflichten; denn diese würden regelmäßig für die Herausgabe der Sache sprechen; sie sind vielmehr nur Rechtsbehelfe gegen diese Regel, welche sich auf die eigens gearteten Grundsätze über Retentionsrecht stützen und als Ausnahmen jener Regel qua exceptio doli entgegentreten. Weitere Fälle dieser Art bilden das Retentionsrecht des negotiorum gestor und Mandatars wegen Impensen, und des Proprietars gegen den Usufructuar nach l. 13 pr. D. de usufr. 7, 1. S. auch noch l. 23 §. 8 l. 29 D. de aedil. edict. 21, 1. Den Unterschied zwischen unserm Retentionsrechte und der retentio als Ausfluß des Pfandrechtes erwähnt Glück Com. Bd. 18. S. 423, obschon er doch dieselbe letztere retentio Bd. 15. S. 128 im Widerspruch mit der richtigen Lehre selbst zu den Fällen des eigentlichen Retentionsrechtes gezählt hat. Ueber die Fälle, wo jure pignoris vel hypothecae retinirt wird, vergleiche man u. a. das Register derselben bei *Koenig* (Reusner), de jure retentionis §. 26. 27 (doch ist das Register nicht völlig richtig), ferner *Muhlpfort* l. l. th. 8. — 14. cum notis.

§. 5.

Fortsetzung.

Das jus retentionis ist b) zu unterscheiden von dem Rechte, die Sache des Schuldners, wenn Gefahr

der Befriedigung vorhanden ist, in den Besitz desselben nicht zurückgelangen zu lassen. Allerdings gehört — wir werden es später unter der Zusammenstellung der Wirkungen des jus ret. zeigen — zu den beabsichtigten Wirkungen des Retentionsrechtes, also zu seinen Zwecken, die Sicherung der Foderung des Retinenten. Allein hieraus folgt noch keineswegs, daß in allen Fällen, wo eine Foderung zu sichern sey, auch das jus retentionis zustehe. Auch das Pfandrecht hat Sicherung der Foderung zum Zweck, und gewiß wird niemand behaupten wollen, wo zu sichern sey, stehe auch eo ipso ein gesetzliches Pfandrecht zu. Das Gefühl der Billigkeit verleitet zu der Meinung, es wolle doch unbillig erscheinen, ein jus ret. nicht zuzulassen, wenn der possessor rei alienae an den dominus rei selbst eine Foderung habe, zu der er nur mit vielen Beschwerden gelangen könne, oder hinsichtlich deren sogar Gefahr des Verlustes vorhanden sey. Derartige Sachverhältnisse können allerdings zu Sicherungsmaaßregeln, Depositions-, Cautionsanträgen, Arrestbeschlägen ꝛc., deshalb aber noch nicht auch zum jus ret. befugen, welches auf ganz andern Voraussetzungen ruht. Die Maaßregeln, welche zuständig werden zur Sicherung einer außerdem gefährdeten Foderung, setzen eben für ihre Zuständigkeit eine Gefahr der Foderung voraus [1]), das jus ret. dagegen steht zu, auch wenn nicht die mindeste Gefahr der Art, nicht die geringste Schwierigkeit, die Befriedigung der Foderung zu erlangen, vorhanden ist, sobald nur die gesetzlichen, in dem nächsten Abschnitte entwickelten, Requisite dazu vorliegen. Gegen den willigsten Zahler, den reichsten Mann steht das jus ret. unter solchen Umständen zu, während gegen ihn jene Sicherungsmaaßregeln nicht zulässig sind. Besitzt man bei Zahlungsgefahr auf Seiten des Schuldners dessen Sache, ohne daß die eigene Foderung zum jus ret. sich qualificirt, so hat man in diesem Falle nur diejenigen Rechte zu Sicherungsanträgen, welche man in einem solchen Falle auch nur haben würde, wenn man nicht selbst,

1) Glück Com. Bd. 3. §. 243. S. 428 sq.

sondern ein anderer die Sache des Schuldners, durch die man sich sichern will, besäße. Die Person des Besitzers der Sache kann hier einen zu mehr befugenden Unterschied nicht machen, da die Gesetze, wie die Folge überzeugen wird, dem Besitzer der Sache schon als solchem Retentionsbefugnisse gegen den Eigenthümer noch nicht gewähren. Man muß z. B. nach bescheinigter causa arresti die Sache in gerichtlichen Beschlag zu legen bitten. Hierbei kann es sich recht gut treffen, daß der Richter als modus dieser Beschlaglegung die Sache in des Gläubigers Händen selbst läßt, weil er hierbei für seine Pflicht der custodia der Sache keine Gefahr erblickt. Von des Richters Ermessen hängt es ja ab, wo er die Sache gerichtlich verstricken will; er hat für deren Aufbewahrung und Erhaltung zu sorgen; achtet er die Umstände so geeignet, daß bei der Rücklassung der Sache in des Gläubigers Hand für diese Zwecke alles erreicht werde, so kann er die Rückhaltung der Sache dem Gläubiger gestatten. Diese retentio rei, welche den Arrestbeschlag erschöpft, zugleich aber auch nur bildet, hat jedoch mit unserm jus retentionis offenbar nicht mehr gemein, als die äußere Erscheinung der Rückhaltung. Liegen dagegen auf Seiten des Besitzers und resp. Gläubigers die Bedingungen zur Arrestverhängung nicht vor, so kann er die Sache begreiflich nicht arretiren und muß sie herausgeben. Ob er bei mangelnder causa arresti die Sache aus seinem oder des Dritten Besitze an den Schuldner zurück und für sich verloren gehen lassen muß, ist doch gewiß gleich. Der dritte Besitzer hätte sie für ihn ebenso gut, als er selbst es nur thun konnte, retiniren müssen, wenn er nur seinen Arrestantrag zu begründen vermocht hätte. Man ist zu leicht verleitet aus Billigkeitsrücksichten jura ret. zuzugestehen, wo die Gesetze sie nicht gestatten. So lehrt der sonst scharfsinnig seinen Gegenstand behandelnde *Heisler* de jure ret. §. 14 u. 31 gesetzlos: die Existenz einer Gefährde, die Foderung zu verlieren, sey Requisit des jus ret., weil dessen Zweck securitas crediti sey. Aus gleichem Grunde müßte man auch für das Pfandrecht die Existenz einer solchen Gefährde zum Requisite desselben erheben. Die

Rücksicht auf eine solche Gefährde hat es ferner verschuldet, daß Rechtslehrer [2]) bei Justizverweigerung, bei vorhandener Unmöglichkeit, richterliche Hülfe zu erlangen, bei der Ergreifung und Detinirung eines debitoris fugae suspecti, der Wegnahme der res furtiva vom fliehenden Diebe, bei Repressalien von unserm jure ret. reden, was doch nach seinen, aus den Gesetzen sich ergebenden, Requisiten mit den Mitteln zur Sicherung des gefährdeten Rechtes, den Mitteln für Zustände, worin Eigenmacht, Selbstvertheidigung unbeschränktere Befugnisse geben, nichts gemein hat. Darf man in solchen Zuständen rem retinere, so darf man es nicht jure retentionis, sondern aus den durch jene Zustände erwachsenden Befugnissen, deren Eigenthümlichkeit wir wohl nicht zu schildern brauchen, um sie als von unserm jure retentionis verschiedene Rechte zu characterisiren. Befindet man sich außerhalb der Staatsordnung, oder außerhalb der Mittel, diese zu seinem Schutze zu nutzen, also lediglich auf seine eigene Macht verwiesen, so ist man in tantum im Naturzustande, wo zur Erhaltung des eigenen Besitzes freilich alles, was dazu nützt, zu ergreifen steht [3]); unser jus ret. aber ist ein Zustand innerhalb der Staatsordnung und der Möglichkeit des Gebrauchs der für die fraglichen Zwecke von ihr gestatteten Mittel und durch sie selbst nur auf ihre gesetzlichen Schranken verwiesen. Auch die später zu behandelnde Streitfrage, ob die Foderung mit der res retenta conner seyn müsse, hat Nahrung aus der Verkennung des hier besprochenen Unterschiedes zwischen jus ret. und Sicherungsmitteln bei Zahlungsgefahr gezogen.

Daß das jus ret., welches durch Vertrag dem creditor gegeben wurde, für den Fall der Gefährde der Foderung gegeben

---

2) *Joh. Althusius* tractatus de jure retentionis num. 44. 45. 53. 54. *Molignatus* l. l. qu. 115. 231. 239.

3) Man vergleiche hierher: Mühlenbruch Lehrb. Th. I §. 135. Linde Lehrb. des Prozesses §. 2 und in der Zeitschrift für Gesetzrecht und Prozeß Bd. I. S. 392 sq. §. 2. Benfey von der Selbsthülfe im neuen Rhein. Museum Bd. III. S. 1 sq. §. 1 u. 11. *M. Wesenbec* consil. 46 de repressaliis. Glück Com. Bd. 3. §. 212. S. 312—319.

seyn könne, ändert hier nichts, da durch Vertrag allerdings etwas Anderes bestimmt werden kann; es ist jedoch dann immer nur der Vertrag und nicht die Gefährde die Mutter und das, Recht zumessende, Element dieses juris retentionis. Man sehe noch unten §. 47.

§. 6.

Ueber die Verwandtschaft des jus retentionis mit andern Rechten und zwar a) mit der compensatio.

Aus dem Begriffe des Retentionsrechtes, den ich im §. 3. oben aufgestellt habe, ist zu entnehmen, daß der Zweck dieses Rechtes in der Wirkung zu Gunsten der Befriedigung einer Forderung des Retinentrn besteht. Rechte ähnlichen Zweckes besitzen wir in jure mehrere, welche wir deshalb durch ihren Zweck mit unserm jure retentionis verwandte Rechte nennen können. Die wichtigsten hierunter sind: compensatio, pignus und arrestum, weil sie nicht blos durch jenen Zweck, sondern zugleich durch die äußere Form ihrer Geltendmachung dem Retentionsrechte gleichen. Wir wollen zuerst die Frage, der Verwandtschaft unseres jus retentionis mit compensatio in Untersuchung ziehen. Alles, was ich hier und in der Folge über die Requisite und Wirkungen des Retentionsrechtes vorausgreifend erwähnen muß, wird später, wo ich von den Erfordernissen und Wirkungen unseres Rechtes ausführlicher handele, seine Bestätigung erhalten, daher ich zunächst im Allgemeinen hiermit auf diese spätern Ausführungen verweise.

a) Die *compensatio* soll nach der Meinung vieler Rechtslehrer [1]) eine so große Verwandtschaft mit dem jure retentionis

1) *Richter* l. l. th. V. VII. *Anton. Negusantius* de pignor. et hypothec. P. V. pr. membr. 1 num. 37. *Thesaurus* locorum communium jurisprudentiae ex axiomatibus *Augustini Barbosae* et analectis *Joh. Ottonis Taberis* aliorumque concinnatus. ed. 4ta. auctior facta ab *Andr. Christ. Roesenero*. Lib. 16. cap. 69. sub voce: „Retentio" § 13. *Stryk* us. mod. Lib. 16. tit. 2. §. 15. *Carpzov* P. II. C. 25. def. 17. num. 8. *Berlich* concl. pract. P. II. concl. 32. num. 16. *Molignatus* l. l. qu. 405. *Lauterbach* l. l. §. 1. 3. *Ejusdem* compendium juris tit. de compensa-

haben, daß ſie behaupten, das römiſche Recht behandele, ſoweit es der Unterſchied zwiſchen Aufhebung des Klagrechts und Aufſchiebung deſſelben, zwiſchen — wie man ſich ausdrückt — retentio perpetua und temporalis oder (nach Schweppe's Ausdruck) zwiſchen Compenſation für immer oder auf eine Zeitlang, geſtatte, beide Inſtitute nach denſelben Regeln, daher man von den Grundſätzen über Compenſation auf die über jus retentionis ſchließen dürfe. Man citirt dafür l. 20 D. de comp. 16, 2. l. 3 Cod. cod. 4, 31. l. 22 D. de hered. vel act. vendita. 18, 4. l. 13 §. 8 D. de act. emt. 19, 1. l. 25. 50. D. ib. l. 31. §. 8 D. de aedil. edict. 21, 1. l. 31 §. 1 D. de reb. cred. 12, 1. und beruft ſich dabei noch auf die Geſetze, welche das Retentionsrecht des Ehemannes wegen nothwendiger Aufwände auf die dos behandeln [2]). Von Schweppe [3]) werden noch citirt: l. 18 §. 4 D. commod. 13, 6. l. 40 §. 1 D. de cond. ind. 12, 6. und l. 14 C. de comp. 4, 31. Allein alle dieſe leges enthalten das darin Gefundene ſicherlich nicht. Die l. 20 D. und l. 3 C. de comp. ſprechen lediglich von compensatio ohne alle Beziehung auf retentio [4]) und die übrigen Geſetze bis zu l. 31 §. 1 D. de reb. cred. handeln blos die Frage ab, ob der Verkäufer, ohne Zahlung empfangen zu haben, zu tradiren ſchuldig ſey; ſie ſprechen überall nur von kaufvertragsrechtlichen Verhältniſſen, welche über das jus retentionis keine Lehre geben können. Man ſehe die Ausführungen oben in §. 4.

---

tionibus. 16, . Lemgov. 1717. pag. 294. med. 295. in fin. *Ejusdem* colleg. theor. pract. tit. de compensat. 16, 2. §. 4. 24 28. *Ernest. Godofred. Schmidius* diss. de iis, quae ad exercendum jus retentionis necessaria sunt. §. 11. 12. §. 20. Not. i. *Christ. Car. Kanne* diss. de compensatione at retentione in concursu creditorum locum habente. §. 5. pr. *Pufendorf* obs. III. 172. §. 2—5. *Merillii* obs. IV. 35. Schweppe röm. Privatr. ed. IV. §. 183. d. u. §. 628. S. 583. Not. 4. *Mühlpfort* l. l. th. 27. Krug Lehre von der Compenſation §. 32. sec. fin.

2) *Thesaurus* locor. communn. Barbosae. cit. l. l.

3) Schweppe röm. Privatr. §. 183 d. cit. S. 406. Not. 1.

4) Man vergleiche *Joh. Brunnemann* commentar. ad l. 20. D. u. l. 3. C. de compens.

In wiefern die Gesetze über das jus ret. mariti ob impensas necessarias in dotem die referirte Behauptung belegen sollen, ist nicht zu entnehmen. Daß sie neben der eigentlichen Retentionsbefugniß auch compensatio gestatten, begründet doch nicht den Schluß, retentio und compensatio folgten gleichen Grundsätzen. Die l. 18 §. 4 D. commod. spricht entweder, wie ich oben §. 2 anführte und später mehr noch zeigen werde, von compensatio, oder sie redet, wie man das Wort pensatio in ihr versteht, von retentio; in keinem dieser Fälle enthält sie nun aber den Satz, daß compensatio und jus retentionis nach gleichen Grundsätzen zu bemessen seyen. Die l. 40. §. 1. D. de cond. ind. spricht lediglich von deductio impensarum bei Herausgabe des Fideicommisses und die l. 14. Cod. de compens. nur von compensatio. Mir will es willkührlich erscheinen, auf den Grund solcher und ähnlicher Gesetze den Satz aufzustellen, die Römer hätten compensatio und jus retentionis nach gleichen Regeln behandelt. Wenn nicht das eigenthümliche Wesen beider Rechtsinstitute zu einer solchen Annahme berechtigt, ausdrückliche gesetzliche Aeußerungen nöthigen zu derselben keineswegs. Es haben darum auch nicht minder viele Rechtslehrer[5]) zwischen compensatio und jus retentionis wesentlich unterschieden.

§. 7.

Fortsetzung.

Verschiedenheiten zwischen compensatio und jus retentionis.

Um die Frage der Verwandtschaft beider Rechte und ob

5) *Valent. Riemer* decad. XV. qu. jurid. illustr. dec. IX. n. 9 Jenae 1616. *Henr. Zoesii* commentar. ad Libros Digestor. Lib. 25. tit. 1. num. 5. *Molignatus* l. l. qu. 7. *Ludovici* l. l. §. 34. *Heisler* l. l. §. 4. addit. *Kanne* l. l. §. 5. *Leyser* spec. 175. med. 1. *Schifordegher* ad Ant. Fabrum Lib. I. tract. I. Qu. 1. n. 2. *Koenig* (Reusner) l. l. §. 19. num. (1.) 1. 2. 3. 4. 5. *Mühlpfort* (Strauch) l. l. th. 27. Not. β. *Meusell* (Romanus) l. l. th. 39. 40. Fusellus Retentionsrecht §. 13. *Schnorr* l. l. §. 7. num. I. Glück Comm. Bd. 15. S. 117 sq. Bethmann Hollweg im Rhein. Museum I. Jahrg. 4. Heft. S. 258 sq. Karl

gleiche Regeln für beide entſcheiden mögen, in das gehörige Licht zu ſtellen, will ich zunächſt hervorheben, welche Verſchiedenheiten zwiſchen beiden Rechten in der Eigenthümlichkeit eines jeden begründet und geltend gemacht worden ſind. Dieſe Verſchiedenheiten ſind: 1) Durch die Compenſation wird die Foderung des Gläubigers, wie durch Zahlung getilgt, durch Retention aber nur die Sicherung derſelben beabſichtigt [1]). Die Compenſation hat daher 2) eine dauernde, die Retention aber nur eine vorübergehende Wirkung. 3) Die Compenſation vernichtet zu Gunſten des Compenſanten des Gegners Rechte auf die res retenta, und überweiſt dem Compenſanten Eigenthum daran, während das jus retentionis die Rechte des Gegners an der res retenta fortbeſtehen läßt. 4) Wer compenſiren konnte, es aber aus Irrthum unterließ, kann das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfodern [2]); wer dagegen die Sache, welche er jure retentionis zurückhalten konnte, aus ſeinem Beſitze ließ, dem ſteht ein Rückfoderungsrecht regelmäßig nicht zu [3]). 5) Das jus retentionis iſt, gleich dem Pfandrechte, nur ein acceſſoriſches Recht, welches mit der Erlöſchung des Hauptrechtes, dem es dient, dahin fällt; die Compenſation dagegen hat keine acceſſoriſche Natur, tritt einem andern Rechte dienſtbar nicht zur Seite, ſondern iſt ſelbſt Hauptrecht. 6) Die Compenſation geſchieht ipso jure [4]), die Retention aber nur mittelſt der exceptio

---

Fried. Ferd. Sintenis Handbuch des gemeinen Pfandrechts. §. 5. S. 21. 22. u. a.

1) Krug Lehre von der Compenſation. §. 27. 28. 29. coll. §. 5. 7. 30. 32.

2) l. 10. §. 1. D. de compensat. 16, 2. Thibaut Syſt. ed. 8. §. 676. Not. m.

3) l. 30. l. 51. D. de condictione indebiti. 12, 6. Man ſehe übrigens oben §. 80.

4) Ueber die Bedeutung des ipso jure vergl. man: Haſſe im Arch. f. civ. Prax. Bd. VII S. 156—174. Bethmann Hollweg Rhein. Muſeum a. a. O. S. 254—285. Schweppe a. a. O. III. Th. §. 628. S. 583 sq. Mackeldey Lehrb. des heut. R. R. ed. 10. §. 492. Thibaut Syſt. ed. 8. §. 676. Mühlenbruch Lehrb. II. Th. §. 472. l. 14. Cod. de

doli [5]). 7) Die Compenſation kann ſtatt finden, wo das jus retentionis nicht zuläſſig iſt, und umgekehrt. Es kann z. B. der Ehemann wegen ihm von der Frau zugefügter Entwendung das Heirathsgut nicht retiniren [6]), wohl aber kann deshalb eine Compenſation eintreten [7]). Ferner kann eine species retinirt werden, obſchon die Foderung des Retinenten ein debitum generis iſt [8]), während die Compenſation nur bei fungiblen Dingen von gleicher Gattung, nie bei individuellen Sachen zuſteht [9]).

Man [10]) führt als eine Verſchiedenheit noch auf: die Retention erfodere den Beſitz der Sache, die man retiniren wolle, als weſentliche Bedingung, während bei der Compenſation der Beſitz nicht in Betrachtung komme, wie daraus erhelle, daß der Bürge in Abrechnung bringen könne, was der Gläubiger dem Hauptſchuldner ſchuldig iſt. Ich vermag jedoch dieſe Verſchiedenheit darum nicht anzuerkennen, weil die res retenta bei der Compenſation, die Schuld des Compenſanten [11]), von dem letztern ebenſo beſeſſen wird, als bei dem jus retentionis. Man retinirt ja bei der compensatio nur den Inhalt ſeiner eigenen Schuld, welchen man bei der compensatio, wie bei der retentio beſitzt, nicht den der Schuld des Gegners, die man abrechnet. Das Beiſpiel der Compenſation auf Seiten des Bürgen gegen den Gläubiger mit deſſen Schuld an den Hauptſchuldner paßt demnach nicht, um den darin gefundenen Satz zu belegen.

---

comp. 4, 31. u. Krug Lehre von der Compenſation. §. 9. 10. 11. 20. 24. 25. 26. 30. 31. 32.

5) S. oben §. 1. u. Not. 6.

6) l. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. 5, 13.

7) l. 6. Cod. de compens. 4, 31. *Hug. Donellus* Comment. ad h. leg. Cod. nr. 5. *Schifordegher* l. l. qu. 2. pag. 3.

8) l. 33. D. de condict. indeb. 12, 6.

9) l. 18. pr. D. de pignor. act. 13, 7.

10) Dieſes thun Glück Bd. 15. S. 118. num. 6. Sintenis a. a. O. §. 5. S. 22. num. 4. Man vergleiche übrigens über die oben unter n. 1) 2) 4) 6) 7) vorgetragenen Verſchiedenheiten zwiſchen compens. u. jus ret. noch Glück a. a. O. S. 117—119. u. Sintenis a. a. O. S. 21. 22.

11) l. 4. u. 20. D. de compensat. 16, 2.

Ueberblicken wir diese Verschiedenheiten der beiden Rechte, so scheinen sie allerdings so tief eingreifend und gewichtig, daß man zu der Meinung gedrängt wird, beide Rechte weichen in ihrem Wesen zu sehr von einander ab, als daß sie nach gleichen Regeln beurtheilt und von den Grundsätzen über das eine analoge Schlüsse auf die des andern gezogen werden dürften.

§. 8.

Fortsetzung.

Zustände, worin compensatio und jus retentionis sich gleichen.

Die zu Ende des vorigen Paragraphen aufgestellte Meinung, zu unbeschränkt gefaßt, wird aber dennoch fehl gehen. Wir dürfen weder unbedingt das Eine, noch das Andere annehmen, können vielmehr hier anders nicht auf das Reine kommen, als wenn wir, das Characteristische des jus retentionis beachtend, die Punkte herauszufinden suchen, wo dasselbe der compensatio gleicht. Ehe ich zu dieser Untersuchung schreite, muß ich mir dazu den Weg bahnen durch Beurtheilung einer Ansicht, welche eine wesentliche Gleichheit zwischen beiden Rechten qu. zu bezeichnen scheint.

Man behauptet nämlich [1]), die retentio umfasse im weitern Sinne auch die compensatio, darauf sich stützend, daß compensatio auch mit Rückhaltung des an sich zu Bezahlenden verbunden sey. In lege 4. und 20. D. de compensat. 16, 2. deuten allerdings Paulus und Papinianus darauf hin, daß Abrechnung mit Rückhaltung verbunden erscheine; sie sagen „ex compensatione reus retinere potest," — „jure compensationis retinere — placuit." Es ist jedoch hierbei nicht zu verkennen, daß bei der mit der compensatio verbundenen Rückhaltung der Sache nicht von der retentio im juridischen Sinne,

1) Mühlenbruch Lehrb. I. Th. §. 136. Sintenis a. a. O. §. 5. S. 21. u. a. *Molignatus* l. l. qu. 5. u. 90. welcher retentionem compensationis speciem nennt, und zwischen compensatio directa und indirecta, das jus ret., unterscheidet, lehrt im Wesentlichen dasselbe. S. auch *Ludovici* l. l. § 33.

ſondern dem retinere in der grammatiſchen Bedeutung [2]) des Wortes die Rede iſt. Wollen wir, weil die compensatio mit Rückhaltung der Sache verbunden iſt, dieſelbe unter die retentio rechnen, ſo müſſen wir consequent unter der letztern ein Gattungswort aller jura erblicken, zu welchen Rückhaltung der Sache weſentlich gehört. Es umfaßt dann retentio im weitern Sinne auch Arreſt, pignus, precarium, commodatum, die servitus, welche ohne den Beſitz der res aliena nicht ausgeübt werden kann, jus tollendi, weil es mittelſt rei retentio häufig nur zu executiren iſt, überhaupt jedes Recht, welches mir fremdes Eigenthum in die Hände bringt und zurückzuhalten mich befugt; ja das dominium ſelbſt mußte unter retentio mit begriffen ſeyn, da man jure dominii die res und Theile des Eigenthumsobjectes retinirt [3]) und es bei obiger Behauptung nicht auf die retentio rei *alienae*, ſondern nur auf das factiſche Rückhalten der Sache ankommt. Wollen wir in das juridiſche Weſen des jus retentionis eindringen, ſo kann eine Generaliſirung, welche nur das Factiſche der Rückhaltung zum regens für den Gattungsbegriff erhebt, dafür nicht nützlich werden. Die factiſche Rückhaltung hat allerdings für jus retentionis und compensatio Bedeutung, allein in zu untergeordneter Weiſe, um für beide zu einem, unter eine Gattung ſie vereinigenden, Momente erhoben werden zu können.

Compensatio und jus retentionis nun gleichen ſich meiner Anſicht nach in Folgendem: 1) in der Rückhaltung deſſen, was man dem Gegner ſchuldet. Dieſe Rückhaltung iſt, wie wir ſo eben ſchon erwähnten, eine retentio im grammatiſchen Sinne des Wortes. Da jedoch, wie wir vorhin auch ſchon bemerkten, die Rückhaltung bei der compensatio eine den Anſpruch des Gegners an der res retenta vernichtende re-

2) Wenn retentio für compensatio gebraucht iſt, dann iſt es als pars pro toto in einem juridiſchen Sinne genommen, allein bezeichnet es in der compensatio nur die damit verbundene Rückhaltung der Sache, ſo erſcheint es dabei in der grammatiſchen Bedeutung.

3) l. 10. D. 43, 16. — l. 6. pr. D. 42, 5.

tentio für immer, bei dem jus retentionis aber nur eine jenen Anspruch nicht alterirende retentio auf eine vorübergehende Zeit bildet, so fällt in die Augen, daß die blos partische Rückhaltung bei beiden Rechten rein für sich gar nicht zur Erscheinung kömmt, das Feld der Gleichheit hier also ein juridisch nichts bedeutendes ausmacht. Daß nun von einem solchen Standpunkte der Gleichheit aus kein Grund entnommen werden könne, das Rückhalten bei beiden Instituten, welches für das Wesen des Institutes vorschreitend sogleich in die große Verschiedenheit der Rückhaltung auf Zeit und für immer, und in die so verschiedene Wirkung der Fortdauer und der Vernichtung der gegnerischen Rechte an der res retenta sich zertrennt, nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen, ist wohl entschieden, da eben völlig verschiedene Dinge nicht nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden können und dürfen. 2) in dem Besitze der *res retenta*. Diese res ist dasjenige, was dem Gegner gehört, folglich die Schuld des Retinenten, und was derselbe bei der compensatio, wie retentio besitzt. 3) in dem Einwirken der Foderung des Retinenten auf die Foderung des Gegners zu Gunsten der erstern. Dieses Einwirken findet sowohl bei der Rückhaltung auf Zeit als bei der für immer statt, indem jene Foderung gesichert oder resp. befriedigt werden soll.

§. 9.

Fortsetzung.

Folgerungen aus §. 7. und 8. hinsichtlich der Verwandtschaft der compensatio mit dem jus retentionis.

Steht nun eine Vorschrift über compensatio mit der Wirkung der Rückhaltung für immer in Beziehung, so kann sie kein praejudicium abgeben für die Rückhaltung auf Zeit, d. i. auf nicht für immer, weil für immer und nicht für immer Gegensätze sind. Steht dagegen eine solche lediglich mit dem Einwirken zu Gunsten der fraglichen Foderung in Beziehung, gleichgültig auf welche Zeit, ob für immer oder nicht für immer diese Einwirkung dauert, so darf man das Ein-

wirken bei beiden Instituten nach gleichen Grundsätzen allerdings beurtheilen. Beispiele werden dieses klarer erkennen lassen. Der Besitz darf bei compensatio wie jus retentionis (was wir später §. 23. zeigen werden) arg. leg. 14. C. de compens. 4, 31. nicht vitiös seyn; denn wer sich vitiös in den Besitz der Sache des Andern gesetzt hat, darf hieraus kein Recht der Einwirkung zu Gunsten seiner Foderung, die Einwirkung dauere so lange sie wolle, ableiten demjenigen gegenüber, dem man vitiös den Besitz nahm [1]), so daß non possidere und vitiose possidere in rechtlicher Beziehung hier gleich sind [2]). Ferner findet compensatio wie retentio wegen blos natürlicher, mit Klage nicht zu verfolgender, so wie wegen persönlicher und dinglicher Foderungen statt; und es ist völlig statthaft, hier von compensatio auf retentio folgendermaaßen zu schließen: weil sogar Rückhaltung für immer erlaubt ist, muß um so mehr Rückhaltung auf Zeit als zulässig erscheinen. Es kömmt hierbei nicht auf die Dauer der Einwirkung, sondern nur darauf an, ob überhaupt eine Einwirkung zulässig sich darstelle; wofür aus der Einwirkung für immer allerdings, a majore ad minus, auf die nur temporäre mit Recht geschlossen werden darf. Ebenso giebt die l. 11. C. depositi. 4, 34. Bestimmungen, welche für compensatio wie retentio in Wirkung treten, indem das depositum dem es rückverlangenden Deponenten nicht aufgehalten werden darf, gleichgültig, ob man es für immer oder nur auf Zeit rückhalten wolle. In allen diesen Fällen regelt sich das jus compensationis und retentionis nach gleichen Grundsätzen, weil sie Verhältnisse beider Rechte treffen, in denen sie sich gleichen. Dagegen findet dieses nicht ebenso in folgenden Fällen statt. Zweck des jus retentionis ist, wie wir oben berührten, die Sicherung der Foderung des Retinenten, Zweck der compensatio aber die

1) l. 1. D. de vi et vi arm. 43, 16. — l. 1. §. 9. D. uti possid. 43, 17. — l. 134. §. 1. D. de reg. jur. l. 1. §. 3. D. quod vi aut clam. 43, 24.

2) *Strecker* diss. de eo, quod justum est circa jus retentionis. §. 23. *Schmidius* l. l. §. 34.

Befriedigung dieſer Foderung. Zu ſichern kann ſeyn ſchon ein noch nicht gefälliges, wenn nur zuſtehendes Recht, getilgt werden aber darf, weil die Tilgung der Foderung ein Erheben derſelben involvirt, und eine noch nicht fällige Foderung gegen des Schuldners Willen nicht erhoben werden kann, ohne Zuſtimmung des Schuldners nur eine bereits gefällige Foderung. Hier ſteht die Einwirkung zu Gunſten der Foderung bei dem jus retentionis mit der Rückhaltung auf Zeit, bei der compensatio aber mit der Rückhaltung für immer in Beziehung, weshalb von ihr auf jene kein Schluß zuläſſig iſt; es iſt darum gewiß ſehr unrichtig, mit Schweppe röm. Privatr. §. 183 d. S. 406. Not. 2. compensatio und jus retentionis auch hier nach gleichen Regeln behandeln, und deshalb arg. l. 7. und 16. §. 1. D. de compens. 16, 2. wegen noch nicht betagter Foderungen auch das Retentionsrecht verſagen zu wollen. Man ſieht ſchon aus dieſem Beiſpiele, wie leicht der Satz, die Geſetze behandelten die compensatio und das jus retentionis nach gleichen Regeln, zu Unrichtigkeiten verleitet. Einen ähnlichen Fall bietet Folgendes. Nach bekannten Rechtsgrundſätzen über Zahlung und deren Mittel braucht das Zahlungsmittel mit der zu tilgenden Foderung nicht conner zu ſeyn; es iſt nun aber Zahlung, Uebertragung des Zahlungsmittels in das Eigenthum des Gläubigers, und Sicherung der Foderung, Fortdauer des fremden Rechts an der res retenta, alſo Rückhaltung für immer und Rückhaltung auf Zeit, doch toto coelo von einander verſchieden, folglich wiederum kein Schluß von dem Einen auf das Andere hier begründet. Es hat demnach Schweppe gewiß abermals höchſt Unrecht, wenn er a. a. O. S. 407. Not. 5. mit Beziehung darauf, daß Compenſation und Retention gleichen Grundſätzen folgen ſollen, auch für das jus retentionis das Requiſit der Connexität der Foderung mit der res retenta verwirft.

Dieſe Beiſpiele werden genügen, meine Ideen völlig deutlich zu machen. Sollte es mir auch nicht gelungen ſeyn, alle Momente herauszufinden, worin compensatio und jus retentionis von einander ſich unterſcheiden oder ſich gleichen, ſo hoffe

ich doch — und hierauf nur kam es bei diesen Betrachtungen vorzugsweise an — gezeigt zu haben, daß man bei den Schlüssen von dem einen Rechte auf das andere höchst vorsichtig seyn, bei dem Fragfalle sorgfältig erwägen müsse, welche Eigenthümlichkeit und Wirkung der beiden Rechte er treffe, und daß darum nur dann solche Schlüsse zulässig erscheinen können, wenn der Fragfall eine Eigenthümlichkeit und Wirkung beider Rechte trifft, worin beide Rechtsinstitute sich wahrhaft gleichen.

§. 10.

Das mit der compensatio verbundene Rückhaltungsrecht.

Ehe ich diese Untersuchungen über das Verhältniß des jus retentionis zur compensatio verlasse, will ich nur noch erwähnen, was sonst leicht wieder irre leiten könnte. Daß derjenige, welcher compensiren, folglich für immer rückhalten darf, auch nur auf Zeit, wenn er will, rückhalten dürfe, halte ich für unwidersprechlich, da das letztere offenbar das minus von jenem majore ist, und non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere [1]). Allein man darf hierbei nur nicht übersehen, daß die Rückhaltung hier nicht jure retentionis, sondern jure compensationis geschieht; die hier Platz greifende retentio ist die Rückhaltung, welche integrirender Theil der compensatio ist, also nur eine Quote des Compensationsbefugnisses, deren Statthaftigkeit lediglich nach den Grundsätzen des jus compensationis und nicht nach den über unser jus retentionis sich bemißt, daher von ihrer Zulässigkeit bei nicht conneren Verhältnissen dennoch kein Schluß auf das letztere Recht zu machen steht. In dem Eigenthumsrechte ist das Recht des Fruchtgenusses mit begriffen; will nun der Eigenthümer von seinem Rechte nur diesen Theil ausüben, so erscheint äußerlich die Handhabung seines Rechtes wie jus ususfructus. Wer würde nun aber behaupten wollen, die Grundsätze dieses ususfructus bemäßen sich nach den Grundsätzen über servitus ususfructus oder Pacht und Miethe, welche auch zu dem Rechte des Fruchtgenusses führen. Jener

1) l. 21. 110. pr. l. 113. u. 147. D. de reg. jur. 50, 17.

Fruchtgenuß erfolgt jure dominii, und dieser jure servitutis vel conductionis, und beide folgen darum völlig andern Regeln. Die Aehnlichkeit im Resultate läßt beide Rechte allerdings als verwandte erscheinen; die Verwandtschaft liegt aber keineswegs in der Gleichheit der regierenden Grundsätze, sondern nur in der Aeußerlichkeit der Erscheinung des Resultats derselben.

Bei der compensatio ex eadem causa wird das eigentliche jus retentionis caeteris paribus allerdings auch statt finden können, weil in solchen Compensationsfällen die Connexität der Foderung mit der res retenta vorhanden ist [2]). Allein das jus ret. folgt dann nicht aus dem jure compensationis, sondern aus den Sachverhältnissen, welche zu beiden Rechten befugen. Daß dieselben Sachverhältnisse oft die Quelle für mehrere und in sich verschiedene Rechte sind, ist ja bekannt. Nach unsern Proceßgrundsätzen erscheinen sogar alle diese Rechte als gerichtlich geltend gemacht, sobald man nur die thatsächlichen, sie erzeugenden Verhältnisse vorgebracht hat, ohne sich dabei namentlich auf diese Rechte zu berufen. Ist darum die exceptio retentionis auch nicht ausdrücklich, sondern nur die Thatsache vorgeschützt worden, aus der sie fließt, so muß sie der Richter ebenso, wie die vielleicht auch daraus abfließende compensatio beachten [3]). Dieses ist jedoch begreiflich nicht Folge innerlicher Verwandtschaft dieser beiden Rechte, sondern nur die Folge des äußern Zusammentreffens beider Rechte in einem Thatverhältnisse.

§. 11.

Ueber die Verwandtschaft des jus retentionis b) mit dem Pfandrechte.

Verschiedenheiten zwischen beiden Rechten.

Auch mit dem Pfandrechte soll nach der Meinung der Rechtsgelehrten [1]) das jus retentionis große Aehnlichkeit haben.

2) Bethmann Hollweg a. a. O. S. 258 sq.

3) Bethmann Hollweg a. a. O. S. 260. 263.

1) Man sehe *Matth. Berlichius* conclus. pract. P. II. concl. 32. n. 25. der die retentio sogar ein tacitum pignus nennt. *Koenig* l. l. §. 19.

ated by Google

v. Wening Ingenheim Lehrbuch I. §. 169. sagt sogar, das jus ret. habe mit dem Pfandrechte die meiste Aehnlichkeit; er bezieht sich dabei auf Gesetze [2]), welche das jus retentionis loco pignoris, quasi pignus nennen. Die l. 13. §. 8. D. de act. emt. (zu der man u. a. noch hinzu citiren könnte die l. 22. D. de her. vel act. vend. 18, 4. l. 31. §. 8. D. de aedil. edict. 21, 1.) redet sammt den genannten Correlatstellen gar nicht vom eigentlichen jus ret. (s. oben §. 4.). Die übrigen unter Not. 2) citirten Gesetze vergleichen unser jus retentionis nur mit Einer Wirkung des pignus, der Sicherung der Foderung, worin beide Rechte sich gleichen. Die sich zur Beschreibung des Retentionsrechtes allerdings findenden Ausdrücke „quasi pignus, — loco vel nomine pignoris, — jus magis in causam pignoris constitutum, — veluti naturalis pignoris vinculum, — vinculum pignoris, — vinculo quodam retinere, — quasi jus pignoris" drücken etwas Anderes nicht aus, als daß das Retentionsrecht, dem Pfandrechte gleich, ein accessorisches Recht sey, was zur Sicherheit der Foderung diene [3]). Dadurch ist aber der übrige Inhalt des jus ret. noch keineswegs dem Pfandrechte

---

n. (2). *Meusell* l. l. th. 41. *Schmidius* l. l. §. 1. in f. u. Not. h. §. 13. *Boehmer* l. l. §. 1. 3. *Lauterbach* l. l. §. 16—19. incl. u. §. 25. *Kanne* l. l. §. 5. *Carpzov.* I. dec. 66. num. 3—13. Westphal Pfandrecht. §. 6. Not. 18 a. Gesterding Pfandrecht. §. 1. S. 3 u. 4. Glück Com. Bd. 15. S. 117. Not. 13. 14. *Schnorr* l. l. §. 7. num. IV. Sindenis Pfandrecht. §. 5. S. 26. 27. v. Wening Ingenheim Lehrb. des Gwdrechts I. §. 169.

2) l. 13. §. 8. D. de act. emt. — l. 15. §. 2. l. 69. D. de furt. 47, 2. Denen noch hinzuzufügen l. 5. D. de dot. praeleg. 33, 4. — l. 43. §. 3. D. de legat. I, 30. — l. 20. §. 1. D. qui testam. 28, 1. — l. 15. D. de captivis. 49, 15. — l. 2. l. 11. C. de postlim. revers. 8, 51. S. unt. §. 73. S. auch *Stryk* us. mod. L. 16. t. 2. §. 15. v. Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerl. Rechts. Th. II. Abh. 24. S. 221. *Kind* Quaest. for. IV. 21. *Joan. Wunderlich* disquis. de jure retentionis, quatenus tutori competat. §. 10. 11.

3) K. A. Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des römischen Rechts. Rostock. 1834. S. 164.

gleich normirt; dieser unterscheidet sich vielmehr sehr wesentlich von dem letztern [4]).

Die Verschiedenheiten des jus retentionis vom Pfandrechte bestehen nämlich in Folgendem: 1) Das jus retentionis erfodert nothwendig Besitz seines Objectes; das Pfandrecht aber kann auch ohne Besitz des Pfandobjectes bestehen. 2) Der Faustpfandvertrag überträgt juridischen, das Retentionsrecht aber, wie wir später entwickeln werden, nur natürlichen Besitz, bloße Detention. 3) Das Pfandrecht befugt zur Veräußerung des Pfandes und demnächstigen Befriedigung aus demselben, während das jus ret. solche Befugnisse nicht zutheilt. 4) Das Pfandrecht, nicht aber das Retentionsrecht, begründet ein dingliches Foderungsrecht; das letztere erzeugt nur das persönliche Recht der Zurückhaltung gegen den Schuldner oder denjenigen, welcher das jus ret. constituirte, in Beziehung auf Dritte aber nicht mehr Rechte, als sonst überhaupt jedem Besitzer zustehen, während das Pfandrecht contra quemcunque in Wirkung tritt. Das Pfandrecht gehört zur dinglichen Qualität der Sache, das Retentionsrecht aber läßt die dingliche Eigenschaft der Sache völlig unberührt und unverändert, daher das erstere der Sache folgt, das letztere aber nicht. 5) Das Pfandrecht wirkt eine Klage, das jus retentionis aber nur eine Einrede [5]). 6) Das Pfandrecht, sowohl das freiwillige als nothwendige, ruht auf ausdrücklicher oder als stillschweigend erklärt angenommener Einwilligung [6]), oder wird mindestens ganz so behandelt, als sey es

4) Gesterding Pfandrecht. §. 1. S. 4. *Brunnemann* comm. ad l. 33. D. de cond. indeb. 12, 6. n. 9. *Carpzov* P. I. dec. 66 *Colerus* de process. execut. P. I. cap. 2. n. 214. *Wunderlich* l. l. §. 10. 11. 12. *Mevius* ad Jus Lubec. pag. 615. n. 7. pag. 170 sq. *Mühlpfort* (*Strauchius*) de jur. retent. thes. 5. not. g. Glück Comm. Bd. 18. S. 423.

5) v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 169. Sintenis Pfandrecht. §. 5. S. 26. col. §. 2. S. 5—15. besonders S. 14. Alle die oben erwähnten Requisite und Wirkungen des jus ret. werden, ich wiederhole es, später, wo ich von den Wirkungen des jus ret. ausführlich handeln werde, ihre Bestätigung empfangen. *Koenig* l. l. §. 19. n. (2).

6) l. 4. pr. l. 6. 7. D. in quib. caus. pign. 20, 2. — l. 2. 3. Cod.

aus Vertrag entſprungen [7]); das Retentionsrecht dagegen, das teſtamentariſche und vertragsmäßige ausgenommen, hat eine ſolche Baſis nicht, wird vielmehr gegen den Willen des betheiligten Gegners ausgeübt [8]). Sintenis [9]) meint zwar, das Innebehaltungsrecht ſcheine auf dieſelbe Weiſe, wie die ältern geſetzlichen Pfandrechte, aus einer vermutheten Einwilligung des Schuldners entſtanden zu ſeyn. Allein Geſetze unterſtützen dieſe Meinung ſo wenig, als die Natur der Sache; ohne eine ſolche Stütze aber darf eine ſtillſchweigende Zuſtimmung nicht angenommen werden. Die Handlung, welche dem Retinenten den Beſitz der res retenta bringt, iſt, das jus retentionis voluntarium ausgenommen, entweder auf etwas ganz Anderes, als die Abſicht der Conſtituirung des jus retentionis gerichtet [10]), oder es iſt die Sache ganz zufällig ohne Mitwirkung des Retentionsgegners in die Hände des Retinenten gekommen, wie z. B. bei dem jus retentionis wegen eines durch die res retenta zugefügten Schadens [11]). In beiden Fällen ſpricht die Natur der Sache geradezu gegen eine ſtillſchweigend anzunehmende Zuſtimmung.

§. 12.

Fortſetzung.

Zuſtände, in denen beide Rechte ſich gleichen.

Wende ich mich nun zu dem, worin das Pfandrecht und das Retentionsrecht ſich gleichen, ſo finde ich folgende ſich gleichende Zuſtände: 1) die Dauer beider Rechte nicht

cod. 8, 15. — l. 4 D. de pactis. 2, 14 — l. un. Cod. de rei ux. act. 5, 13 *Carpzov* dec. 66. num. 5. u. 6. F. A. Meißner vom ſtillſchweigenden Pfandrechte. §. 5. u. Not. 3. §. 16. Bolley v. öffentl. Unterpfändern. §. 3. Schweppe röm. Privatr. ed 4. §. 347. Hepp im Arch. für civil. Prax. Bd. 10. S. 263. 264. Sintenis Pfandr. §. 1.

7) l. 1. Cod. si in causa jud. pignus. 8, 23. Sintenis a. a. O. §. 2. S. 11. u. §. 31. col. §. 24. 37. u. 38.

8) *Lauterbach* l. l. §. 25. n. 3. *Carpzov.* dec. 66. num. 6. 7.

9) a. a. O. §. 5. S. 26. in fin.

10) Siehe oben §. 4. und die dort Not. 3. citirten Schriftſteller.

11) l. 6. l. 7 §. 2. l. 9. pr. D. de damno infecto. 39, 2. Glück Comm. Bd. 15. S. 129.

für immer, ſondern auf Zeit und zwar bis zu dem Zeitpunkte der Befriedigung der Foderung, für welche ſie in Wirkung treten. 2) die acceſſoriſche und untheilbare (ſ. §. 16) Natur beider Rechte, da ſie ſelbſt nicht Hauptrecht ſind, ſondern einem andern Rechte nur dienſtbar zur Seite treten. 3) den Beſitz der Sache des Gegners, wenn und wo er bei dem Pfandrechte ſtatt findet und 4) die Rückhaltung dieſes Beſitzes zu Gunſten der eigenen Foderung, folglich auch 5) ein Einwirken dieſer Foderung auf die des Gegners (d. i. die Foderung der Herausgabe des Pfand- oder Retentions-Objectes) zu Gunſten der erſtern. 6) den Zweck der Sicherung der eigenen Foderung. Die Art der Sicherung aber iſt wieder bei beiden Rechten eine ſehr verſchiedene, und zwar bei dem Pfandrechte eine bei weitem wirkungsvollere, da, wie geſagt, das Pfand ſelbſt zur Befriedigung der Foderung verwendet werden darf, ein Aehnliches bei dem jus retentionis hinſichtlich der res retenta aber nicht geſtattet iſt.

§. 13.

Fortſetzung.

Folgerungen aus §. 11 und 12.

Daß nun aus Rechtsverhältniſſen bei dem Pfandrechte, welche von den bei dem jus retentionis weſentlich verſchieden ſind, kein Schluß auf Grundſätze über das letztere Recht zu ziehen ſtehe, leuchtet ein; während wir Schlüſſe von einem Rechte auf das andere wohl anerkennen müſſen, wenn es ſich um Verhältniſſe handelt, worin beide Rechte ſich gleichen. Wenn demnach z. B. die Geſetze das Pfandrecht auch für bedingte Foderungen zulaſſen [1]), ſo kann dieſes keinen Rechtsbeleg für die Meinung abgeben, daß auch das geſetzliche Retentionsrecht für ſolche Foderungen ſtatt finde. Dort ruht alles auf gegneriſcher Einwilligung, die hier fehlt. Was hier exorbitant erſcheint, wird dort

1) l. 5. pr. l. 13. §. 5. D. de pignor. 20, 1. Sintenis Pfandrecht. §. 11. S. 53 sq.

ausgeglichen durch jene ausdrückliche oder als stillschweigend erklärt angenommene Zustimmung. Es ist darum aus l. 5. pr. l. 13. §. 5. D. de pignor. 20, 1. kein Schluß auf das jus ret. zulässig. Ferner kann aus den Gesetzen, welche dem creditor pignoratitius zu Vertheidigung des Pfandbesitzes die Interdicte gewähren, kein Schluß auf die Mittel der Vertheidigung des Retentionsbesitzes gemacht werden, weil das jus retentionis nur eine Einrede, keine Klage wirkt, und nur natürlichen nicht juridischen Besitz ertheilt. Dagegen greift hinsichtlich der Frage, ob der Besitz bei dem jus retentionis fehlerfrei seyn müsse, ein Schluß aus l. 25. D. de pignor. 20, 1. allerdings und zwar aus denselben Gründen Platz, aus denen für dieselbe Frage aus lege 14. C. de compensationibus. 4, 31. Schlüsse gezogen wurden. (S. §. 9. Not. 1) 2).) Nicht minder ist hinsichtlich des Umfangs, der Dauer und des Gegenstandes des Retentionsrechtes aus der in l. 19. D. de pignor. 20, 1. und l. 1. §. 2. D. quae res pign. vel hypoth. datae. 20, 3. für das Pfandrecht gegebenen Bestimmung analoge Anwendung auf das jus retentionis zu machen, da hier wie dort der Zweck der Sicherung der Foderung und die Zeitdauer des Rechtes, so wie der Besitz der Sache auf gleiche Abstractionen zu Gunsten dieser Vorschriften führen. Eine theilweise Befriedigung gilt in jure für keine Befriedigung und so lange die Foderung besteht, soll ja auch das Pfandrecht wie Retentionsrecht zustehen. Ebenso kann weder hier, noch dort eine dem Privatbesitze überall nicht unterliegende Sache besessen werden, und auch nur einige Sicherheit gewähren dürfen.

Ich hoffe auch hier die Entscheidung der Frage, in wiefern von dem Pfandrechte auf Verhältnisse des Retentionsrechtes Schlüsse zu ziehen seyen, mindestens soweit beleuchtet zu haben, daß auch etwa nicht genannte Verschiedenheiten, und Gleichheiten beider Rechte, ähnlich wie bei dem Verhältniß zur compensatio, immer nur den Satz belegen werden: nur bei gleichen Zuständen können die Gesetze über Pfandrecht auch auf unser Retentionsrecht Anwendung leiden.

§. 14.

Verwandtſchaft des jus retentionis c) mit noch andern Rechten.

Als mit dem Retentionsrechte verwandte Rechte nennt man noch: arrestum, protestatio, repressaliae, executio und noch andere Rechte [1]), deren Aehnlichkeiten und Verſchiedenheiten von dem Retentionsrechte ohne Weiteres leicht in die Augen fallen. In der factiſchen Rückhaltung der Sache und in der von der Dispoſition über dieſelbe entkleideten Wirkung gleichen ſich Arreſt und Retentionsrecht allerdings, ſo wie ſie auch beide nur perſönliche, nicht dingliche Rechte [2]) wirken; allein in welcher ſehr weſentlichen Beziehung der Arreſt, gleich den Repreſſalien, von dem jus retentionis ſich unterſcheidet, iſt aus demjenigen zu entnehmen, was ich oben §. 5. unt. b) vorgetragen habe. Ich füge nur noch hinzu: der Arreſt wird nur vom Richter verhängt, während das jus retentionis privata auctoritate ausgeübt wird. Als Verſchiedenheiten zwiſchen protestatio und jus retentionis zählt *Schnorr* diss. de jure ret. §. 7. auf: die Proteſtation erfodere nicht, daß der Proteſtirende ein Gläubiger des Gegners ſey, was das jus ret. erfodere; für die Proteſtation ſey der Beſitz der Sache nicht nothwendig, wohl aber für das Retentionsrecht. Und als Verſchiedenheiten des jus retentionis von der executio nennt er: die executio ſetze den Beſitz der Sache auf Seiten des Schuldners voraus, da er durch ſie deſſelben entſetzt werden ſolle, das jus retentionis dagegen fodere den Beſitz der Sache auf Seiten des Gläubigers; die executio wirke Pfandrechte, Verkaufsrechte und das Recht der Befriedigung aus der Sache, was alles das jus ret. nicht wirke; endlich die executio erfolge nur auctoritate judicis, das jus retentionis aber dürfe auctoritate privata ausgeübt werden. Dieſe Liſten der Ver-

1) *Althusius* tract. de jure ret. n. 55—63. *Ludovici* l. l. §. III. IV. *Lauterbach* l. l. §. 32. *Schnorr* l. l. §. 7. II. III. *Koenig* l. l. §. 19. num. (4) (5). *Meusel* (Romanus) l. l. th. 38.

2) Glück Com. Bd. 6. S. 336. wenn es ſich nehmlich nicht von dem ſogenannten Sächſiſchen Arreſte handelt, welcher dem Pfandrechte zu vergleichen iſt.

ſchiedenheiten ließen ſich noch vermehren, wenn ihre Verkennung irgend zu beſorgen wäre. Man hat auch die nach deutſchen Rechten erlaubte Pfändung fremder Thiere, welche Schaden zufügten, mit dem jure retentionis in Vergleich gebracht; allein zwiſchen beiden herrſcht der ſehr weſentliche Unterſchied, daß die Pfändung erſt ein Mittel iſt, Beſitz der Sache zu erlangen, und gerade in Ermangelung des Beſitzes ausgeübt wird, während bekanntlich das jus retentionis den ſchon erlangten Beſitz vorausſetzt [3]).

§. 15.

Ueber die Regel, wovon das jus retentionis die Ausnahme bildet. Iſt das jus retentionis erlaubte Selbſthülfe?

Allgemein fühlt man, daß es doch ſehr gegen die Rechte des Andern anſtrebend iſt, ihm wider ſeinen Willen die Sache, die ihm gehört, vorenthalten zu wollen. Man hat darin die Nothwendigkeit erblickt, dieſe Vorenthaltung als Ausnahme von der Regel behandeln zu müſſen; wurde man nun hierdurch darauf geführt, die Regel anzugeben, wovon das Retentionsrecht die Ausnahme ſeyn ſolle, ſo haben bis auf die neueſten Zeiten die meiſten Schriftſteller [1]) über unſern Gegenſtand dieſe Regel in dem Verbote der Selbſthülfe finden wollen, indem ſie das jus retentionis als einen Fall erlaubter Selbſthülfe characteriſirten. Schon früher fand dieſe Meinung Widerſpruch [2]), als-

---

3) Glück Com. Bd. 15. S. 129. 130. col. Bd. 10. §. 697. S. 302 sq. Sintenis Pfandrecht. §. 5. S. 24. u. §. 39. *Koenig* l. l. §. 19. num. (3.) welcher viele Aehnlichkeiten und Verſchiedenheiten aufzählt. *Muhlpfort* l. l. th. 27. Not. β.

1) *Schaumburg* Comp. jur. Dig. Lib. XVI. tit. 2. §. 8. *Schotten* (Ludekiug) de jure retent. Introductio. *Heisler* l. l. §. 24—30. *Boehmer* l. l. §. V. Foſelius a. o. O. §. 11. Glück Com. Bd. 15. §. 937. I. S. 122 sq. *Schnorr* l. l. §. 8. *Ranfft* l. l. §. 2. Mühlenbruch Lehrb. §. 136. col. §. 134. 135. *Mühlpfort* (Strauch) l. l. thes. 1. mit Not. a. u. th. 7. Not. v.

2) *Hering* Diss. de retentione in deposito licita. Sect. I. §. 11. *Wunderlich* l. l. §. II. III.

lein freilich nicht auf haltbare Weiſe [3]). Ich meiner Seits kann jedoch das Retentionsrecht auch nicht für eine Art Selbſthülfe betrachten, und zwar aus folgenden Gründen.

Dahingeſtellt, ob es nach gemeinen Rechten ein allgemeines Verbot der Selbſthülfe, die Nichtfelbſthülfe folglich als Regel giebt, was in neuerer Zeit widerſprochen worden iſt [4]), ſo wird doch zur Selbſthülfe im Gebiete des Civilrechts gefodert: a) daß der ſich felbſt Helfende ſich eigenmächtig gegen den Willen des Schuldners und ohne ein Recht dazu zu haben, in den Beſitz der Sache geſetzt hat [5]). Es iſt deshalb keine Selbſthülfe, wenn der Gläubiger eine Sache, welche er aus einem andern Grunde rechtmäßig in den Händen hatte, zurückbehält und ſich daraus bezahlt macht [6]). Später nun werden wir zeigen, daß das jus retentionis nicht ſtatt finde, wenn jemand den Beſitz der Sache, ohne ein Recht dazu zu haben, eigenmächtig gegen den Willen des Eigenthümers für den Zweck des Retentionsrechtes ergreift. Das jus retentionis iſt ja (ſ. §. 25.) nur Mittel den Beſitz zu retiniren, alſo den ſchon erlangten fortzuſetzen, nicht den Beſitz erſt zu ergreifen. Es fällt in die Augen, daß ſchon deshalb das jus retentionis keine Selbſthülfe ſeyn kann. Gegen das unter a) angegebene Requiſit der Selbſthülfe, nemlich der Beſitznahme, könnten vielleicht aus l. 34. Cod. loc. cond. 4, 65. und l. 10. C. unde vi, 8, 4. wornach die Detentoren fremder

3) *Heisler* l. l. §. 29. Schol. 2. Es giebt der Schriftſteller mehrere, welche das Retentionsrecht als Art der Selbſthülfe in das Rechtsſyſtem nicht einrangiren, z. B. Schweppe röm. Privatr. §. 183 d. col. §. 161 sq. v. Wening Ingenheim Lehrb. §. 169. col. §. 73 sq. Mackeldey Lehrb. §. 184. Thibaut Syſt. §. 224. col. §. 223. u. 60. 61.

4) Benfey von der Selbſthülfe im neuen Rhein. Muſeum. Bd. III. Abh. I. §. 1. S. 1 sq. u. §. 11. S. 43 sq. S. jedoch dagegen Mühlenbruch Lehrb. §. 134. Martin Lehrb. des bürgerl. Prozeſſes. ed. 11. §. 8. Not. q.

5) Linde Zeitſchrift für Gwiſſr. u. Prozeß. Bd. 1. Abh. XXI. S. 423. num. 2) und S. 424. num. 3. Deſſen Lehrbuch des Gwilproz. §. 4. — Benfey a. a. O. §. 3. S. 5. 6. 8 sq. num. 4. S. 20. 21.

6) Linde in d. Zeitſchr. a. a. O. S. 424. Benfey a. a. O. S. 20.

Sachen, wenn sie ohne Rechtsgrund die Herausgabe derselben verweigern, die Strafe der Selbsthülfe verdüßen sollen, Bedenken erregt werden; diese verschwinden jedoch sogleich, wenn man aus der Einsicht dieser Gesetze sich überzeugt, daß dieselben von Fällen der Selbsthülfe gar nicht reden, vielmehr nur die Strafe derselben auf die grundlose, für den Zweck der selbsthülflichen Befriedigung eines Rechtes gar nicht unternommene, Weigerung der Restitution gesetzt haben. b) Die Besitznahme muß erfolgt seyn, um sich wegen seiner Foderung zu befriedigen [7]). Gewiß nur höchst uneigentlich läßt sich dieses vom Retinenten sagen; denn zwischen sichern, zur Befriedigung anregen und Befriedigung nehmen ist doch ein sehr wesentlicher Unterschied. Hierzu tritt auch noch, daß die durch Retention mögliche Sicherung und Anregung zur Befriedigung in der That eine sehr schwache und nur versuchte ist, da sie jedem bessern Rechte weichen muß und zur Befriedigungsnahme aus der res retenta nicht führt. Unterläßt der Schuldner, der Retention ohngeachtet, die Leistung seiner Pflichten, so hat die Retention gar nichts befriedigt, und alles ist in dieser Hinsicht unerreicht, wie vorher, ehe die Retention eintrat. Das jus retentionis darf auch (s. §. 39.) für eine noch nicht fällige Foderung, auf deren Befriedigung der Gläubiger noch gar nicht dringen kann, gebraucht werden. Die Handlung, die nur auf künftige sicherere Befriedigung hinwirken soll, kann nun aber doch in der That nicht als Befriedigung nehmende characterisirt werden. Wenn ich nehme, nicht um mich zu befriedigen, sondern nur um die Befriedigung beruhigter erwarten zu können, habe ich eben nicht genommen, um mich zu befriedigen. Bei dem Pfande ist es anders, weil dieses selbst zur Befriedigung verwendet werden darf. Linde lehrt nicht

7) Linde a. a. O. S. 422. Benfey a. a. O. S. 5. 6. 12. — l. 7. D. ad leg. Jul. de vi pr. 48, 7. — l. 13. D. quod met. caus. 4, 2. verb. „sibi jus in eam rem dixisse.“ Benfey rechnet zwar S. 12. die Retention auch zur Ausführung der Befriedigungsabsicht, welche genüge, um der Selbsthülfe sich schuldig zu machen; ich kann jedoch aus den im Text angegebenen Gründen nicht seiner Meinung seyn. Man kann mit Wahrheit nicht sagen, retinentem sibi jus in rem retentam dixisse.

ohne Nutzen für meine Meinung: ein bloßer Verſuch, ſich ſelbſt Recht zu verſchaffen, unterliegt dem Strafedicte der Selbſthülfe nicht [8]).

Wenn Mühlenbruch Lehrb. §. 135. das Retentionsrecht und die Eidesdelation, als pſychologiſchen Zwang zur Befriedigung, für Fälle der Selbſthülfe betrachtet, ſo giebt er der letztern einen zu großen Umfang. Was müßte man nicht noch Alles zur Selbſthülfe rechnen, wenn man Alles, was pſychologiſch wirkend zur Wahrung und Erlangung der Rechte geſchieht, als Selbſthülfe anſehen wollte; dann gehörte zu ihr auch das Mahnen und Drängen gegen den Schuldner, alſo die interpellatio, proteſtatio, die außergerichtliche litis denunciatio u. dergl., was doch zu ihr nicht zu rechnen iſt [9]). Man muß überhaupt nicht zu weit gehen; wo ſchon ein beſonderes Geſetz, außer und abgeſehen von der allgemeinen rechtlichen Erlaubniß, unter Umſtänden ſich ſelbſt helfen zu dürfen, zu einer Handlung befugt, welche äußerlich auch wie eine Handlung ſich darſtellt, womit man ſich ſelbſt Befriedigung ſchafft, dann können wir nicht mehr von Selbſthülfe reden, weil dann die Handlung nicht mehr ohne ſpecielles Recht dazu geſchieht. Wollen wir der erlaubten Selbſthülfe [10]) nicht dieſe Schranke ſetzen, ſo müßte man ja alle außergerichtlichen Mittel zum Zweck der Rechtsbefriedigung Fälle

8) Linde a. a. O. S. 422. cit.

9) Linde a. a. O. S. 423. num. 2).

10) Die Schranken der erlaubten Selbſthülfe müſſen meiner Anſicht nach ſehr eng gezogen werden; von ihr kann, da ihr die Staatshülfe entgegenſteht, in der That nur dann zu reden ſeyn, wo es ſich um eine Handlung fragt, wozu eigentlich Staatshülfe nöthig wäre, die jedoch geſchehn darf, weil Staatshülfe in concreto nicht zu erlangen iſt. Rechnet man zur erlaubten Selbſthülfe die Fälle geſetzlich erlaubten Beſitzſchutzes durch Privatgewalt und überhaupt alle Fälle, wo Selbſtvertheidigung, Selbſtbefriedigung geſtattet iſt, auch wenn Staatshülfe möglich war: ſo muß man jede außergerichtlich Befriedigung ſuchende und nehmende Handlung als species dieſes dann endloſen genus gewiß nur zum Nachtheil ſeines eigenthümlichen Weſens anerkennen. Der Streit, ob es erlaubte Selbſthülfe gebe (Linde Lehrbuch des Civilproz. §. 4. Not. 15.), iſt nur ein Wortſtreit über den Umfang des Begriffs des Wortes Selbſthülfe. Fritz zu Wening Ingenheims Lehrb. des Civilr. Heft I. S. 125.

der Selbsthülfe nennen; es würde dahin u. a. gehören die außergerichtliche Unterbrechung der Verjährung, die Reservation und ganz besonders auch die Compensation, die sicherlichst zweifelsfreier, als das Retentionsrecht, Befriedigung nimmt.

Einer Beziehung auf das Verbot der Selbsthülfe bedarf es jedoch auch gar nicht, um die Regel zu gewinnen, von welcher das jus retentionis die Ausnahme bildet; dieselbe ist viel natürlicher und offenbarer enthalten in dem, der justitia zum Grunde liegenden, der Vorenthaltung fremden Gutes widerstredenden Rechtsgrundsatze: suum cuique [11]), und in dem Rechtssatze, invitis nobis res nostras alius retinere non debet [12]). Hieher gehören auch die Gebote der l. 34. Cod. loc. cond. 4, 65. und l. 10. C. unde vi. 8, 4., welche mit den harten Strafen der Selbsthülfe diese Rechtsgrundsätze einschärfen. Soll gegen solche Gebote gehandelt werden dürfen, so muß ein gesetzlicher Grund diese Handlung als zulässig darstellen. Worin nun dieser Rechtsgrund des jus retentionis bestehe, werden wir später entwickeln.

§. 16.

Das Retentionsrecht ist ein accessorisches, untheilbares, persönliches, nicht subsidiäres Recht.

Der Begriff des Retentionsrechtes im §. 3. zeigt uns schon, daß das Retentionsrecht einem andern Rechte dienstbar nur zur Seite trete, sich also zu ihm nur verhalte wie das Nebenrecht zum Hauptrechte. Solange eine Foderung cum omni causa noch nicht befriedigt ist, besteht die Retention; es ergiebt sich also, daß das jus retentionis nur das *accessorium* zu dem Hauptrechte ist, für welches dasselbe in Wirkung tritt. Daß es in dieser Beziehung dem Pfandrechte gleiche, haben wir oben §. 12. schon erwähnt. Die Folgen dieser accessorischen Eigenschaft des jus retentionis sind hauptsächlich: a) Das Reten-

11) l. 10. pr. §. 13. D. de justitia et jure. 1, 1. *Cicero* de finibus L. V. c. 23.

12) l. 25. §. 1. in f. D. solute matrim. 24, 3.

tionsrecht kann ohne sein Hauptrecht nicht entstehen und bestehen. Ohne eine Foderung, für welche retinirt wird, ist das jus retentionis nicht möglich; es steht und fällt daher mit derselben, während die Existenz und Dauer jener Foderung von ihm ganz unabhängig ist. b) Das jus retentionis läßt sich daher auch nicht von seinem Hauptrechte trennen, außer alle Beziehung zu ihm setzen, ohne sofort fundamentlos zu erlöschen. S. unten §. 94. Für diese Sätze gelten alle, das Retentionsrecht gestattende, später citirte Gesetze als Belege, welche dasselbe in dieser Dienstbarkeit für ein Hauptrecht zeigen und darum zu diesen Schlüssen führen. S. u. a. die Gesetze in §. 73.

Ferner ist das Retentionsrecht ein untheilbares Recht ähnlich dem Pfandrechte. Solange die Foderung, für welche das jus retentionis auflebte, besteht, sey es nun ganz oder theilweise, solange bleibt das Retentionsrecht in seinem ganzen ursprünglichen Sachumfange in Gültigkeit; es kann nicht begehrt werden, daß nach der Tilgung oder Erlöschung eines Theils der Hauptfoderung etwa auch ein Theil der retinirten Dinge herausgegeben werden müsse. Die Gesetze über Retentionsrecht, sämmtlich wie sie in den folgenden Abschnitten dafür citirt sich finden, nehmen dann, wenn das jus retentionis an sich gesetzlich zusteht, durchaus nicht die mindeste beschränkende Rücksicht auf das Verhältniß der Größe der Hauptfoderung zu der Anzahl und dem Werthe der Retentionsobjecte. S. unten §. 31. Der gleiche Zweck, die Sicherung der Hauptfoderung, erlaubt es daher die Grundsätze, welche in dieser Beziehung rücksichtlich des Pfandrechtes nach l. 63. D. de evictionibus 21, 2. und l. 19. D. de pignor. 20, 1. (wo es heißt: „indivisa est pignoris causa“ und „qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur“) [1] gel-

1) Man vergleiche hieher noch: l. 8. §. 2. l. 9. §. 3. D. de pignor. act. 13, 7. — l. 85. §. 6. D. de verb. oblig. 45, 1. — l. 1. Cod. de luit. pign. 8, 31. — l. 6. 16. C. de distract. pign. 8, 28. — l. ult. C. debit. vendit. pign. imped. non posse. 8, 29. — l. 1. Cod. de hered. act. 4, 16. — l. 1. 2. Cod. si un. ex plur. her. 8, 32. — l. 26. §. 14. D. fam. ercisc. 10, 2. *Boehmer* l. l. §. III.

ten, analog auf das Retentionsrecht anzuwenden. S. oben §. 13. Die Untheildarkeit des Retentionsrechtes äußert sich noch in der Wirkung, daß mehrere Personen nur als compossessores, außerdem aber nicht zugleich Retentionsrechte an einer und derselben Sache besitzen können. Der Grund hierzu liegt in folgenden Verhältnissen. Das Retentionsrecht ist (s. §. 19.) ohne Detention der Sache nicht denkbar; nun ist aber der Besitz ein so ausschließender Zustand, daß mehrere für sich bestehende Besitze an einer und derselben Sache nicht möglich sind [2]), daher mehrere Personen, die selbstständig neben einander eine und dieselbe Sache nicht zugleich besitzen können, an dieser auch nicht zugleich ein Retentionsrecht zu haben vermögen. Anders ist es, wenn diese mehreren Personen compossessores rei retentae sind, in deren gemeinschaftlichem Besitze folglich die Sache sich befindet. Haben diese mehreren Personen zusammen eine und dieselbe, das Retentionsrecht gewährende, Foderung, oder hat jede dieser Personen eine eigene solche Foderung für sich, so kann auch jede Person für ihren Theil der Foderung oder für ihre eigene Foderung, den Besitz an der Sache continuirend, das Retentionsrecht ausüben. Der Character der Untheildarkeit desselben aber hat auch hier die Folge, daß jede der besitzenden Personen das jus retinendi ungetheilt an dem ganzen Retentionsobjecte, gleichgültig, ob vielleicht die Foderungen der andern Mitbesitzer getilgt wurden, solange fortsetzt, bis ihre Foderung zur Befriedigung gebracht wurde. Fälle solcher Retentionsrechte der compossessores sind ganz besonders in Erbschaftsverhältnissen möglich; z. B. es stirbt ein Vater, dessen Nachlaß in dem Mitbesitze der Witde und mehrerer Kinder sich befindet. Diese Erben haben entweder eine gemeinschaftliche, Retentionsrecht gewährende, Foderung, oder nach Theilung mehrerer Außenstände unter einander einzeln verschiedene solche Foderungen gegen X., von dem sie gemeinschaftlich dem Retentionsrechte für alle diese Foderungen unterliegende Sachen besitzen; in diesem Falle hat jeder der

2) l. 3. §. 5. D. de adq. vel am. poss. 41, 2. v. Savigny das Recht des Besitzes §. 11. Schweppe röm. Privatr. §. 215. Nr. 10.

compossessores solange das jus retentionis an allen jenen Sachen gegen X., bis dieser seine Foderung getilgt hat [3]).

Die Frage endlich, ob das Retentionsrecht ein persönliches oder dingliches Recht sey, könnte man mit der noch streitigen Frage [4]), zu welcher Gattung der Rechte der Besitz gehöre, zu vermengen dadurch veranlaßt werden, daß das Retentionsrecht ohne Besitz nicht möglich ist. Allein man würde dann offenbar fehl gehen, da das jus retentionis nach §. 3. ein wesentlich anderes Recht ist, als der Besitz, wenn es auch, wie viele andere vom Besitz ebenfalls sehr verschiedene Rechte, den Besitz unter seine Requisite zählt (s. §. 19). Erwägen wir nun — was wir später unter den Wirkungen des Retentionsrechtes zeigen werden —, daß das jus retentionis als solches nur gegen den Schuldner, dessen Erben, oder gegen denjenigen, welcher es freiwillig bestellte, in Wirkung tritt, gegen Dritte aber gar keine Wirkung hat (s. §. 77. 78. 79.); erwägen wir ferner, daß das jus retentionis eben nur gegen Personen geltend gemacht, und nicht gegen die Sachen, als Individualität ihrer dinglichen Natur, verfolgt werden kann, wovon die gewichtige Folge ist, daß dasselbe den spätern Besitzer der früher retinirten, aber aus der Retention entwichenen, Sache zu nichts verpflichtet (s. §. 77—83): so können wir nicht in Zweifel seyn, daß das Retentionsrecht nur ein persönliches Recht bildet [5]).

Die auch angeregte Meinung, arg. leg. un. Cod. §. 5. de rei ux. act. 5, 13. sey das jus retentionis nur ein subsi-

3) Man vergleiche hieher Sintenis Pfandrecht §. 3. n. 4. wo die Grundsätze über die accessorische und untheilbare Natur des Pfandrechtes umständlich explicirt sich finden.

4) Man vergl. hieher: Mühlenbruch Lehrb. §. 79. in f. u. Not. 10. §. 233. in f. u. Not. 7. u. die von ihm citirten Schriftsteller.

5) *Carpzov* decis. 66. num. 3—16. *F. Balduin* de pignoribus et hypothec. cap. 13. *Schmidius* l. l. §. 41. *Boehmer* l. l. §. 17. *Lauterbach* l. l. §. 25. n. 7. *Ranft* l. l. §. 11. v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 169.

diäres Recht und finde nur ſtatt, wo keine Klage ſtatt finde [6]), iſt offenbar unrichtig, wie Glück [7]) ſchon gezeigt hat. Sie widerſpricht den beſtimmteſten Geſetzen und hat die gewichtigſten Autoritäten gegen ſich [8]). Die l. un. §. 5. Cod. cit. referirt nur des Legislators Gründe, warum er die retentiones qu. gegen die dos nicht für nöthig halte; hieraus kann jedoch nicht geſchloſſen werden, daß die retentio auch überall wegfallen ſolle, wo ähnliche Gründe etwa Platz greifen ſollten. Was nur zu Gunſten der dos vorgeſchrieben wurde, darf man, andern ſpeciellen beſtimmten Geſetzen entgegen, nicht generaliſiren. S. auch unten §. 60.

6) *Hub. Giphanii* explanat. difficilior. et celebrior. Leg. Cod. ad leg. an. §. Igitur in sequenti (8) Cod. de rei ux. act. verb.: Huc et ea quaestio. pag. 420 sq.

7) Glück Com. Bd. 27. S. 186.

8) l. 156. §. 1. D. de divers. reg. jur. 50, 17. — l. 1. §. 4. D. de superfic. 43, 18. — l. 50. §. 1. D. de her. pet. 5, 3. — l. 8. pr. D. de pignor. act. 13, 7. — l. 26. §. 4. D. de cond. ind. 12, 6. *Richter* l. l. th. 10. *Boehmer* l. l. §. 16. Schneider ſubſidiäre Klagen. S. 159. Glück a. a. O.

Abſchnitt II.

Die Requiſite des Retentionsrechtes.

§. 17.

Weſentliche Erforderniſſe zur Ausübung des Retentionsrechtes.

Aus dem in §. 3. oben aufgeſtellten Begriffe des Retentionsrechtes ſind folgende Erforderniſſe zu entnehmen, welche auf Seiten des Retinenten vorhanden ſeyn müſſen, ſobald das Retentionsrecht zuſtändig ſeyn ſoll; nämlich

1) ein das jus retentionis ertheilender Rechtsgrund,
2) der Beſitz
3) einer Sache und
4) eine Foderung, für welche das Retentionsrecht ausgeübt wird.

Jedes dieſer Requiſite erfodert eine umſtändlichere Schilderung und Beurtheilung, womit wir uns in den nachfolgenden Paragraphen beſchäftigen wollen. Ich übergehe, als Requiſit unſeres Rechtes die Perſon des Retinenten aufzuführen, da ich von demjenigen Requiſiten nur reden will, welche durch die Eigenthümlichkeit des Retentionsrechtes beſonders modificirt hervorgerufen werden. Welche Perſon als ſolche fähig ſey, das an ſich begründete jus retentionis zu handhaben, entſcheidet ſich nach den allgemeinen Grundſätzen über die Rechtsfähigkeit der Perſonen und die legitimatio ad causam activa, die ſpeciell hier anzuführen überflüſſig erſcheint. Iſt man zu der Foderung, für welche retinirt werden ſoll, activ nicht berechtigt, ſo iſt man ganz begreiflich auch zum Retentionsrecht zu Gunſten derſelben

nicht befugt. Kein Ausnahmsfall ist, wenn man als des Dritten Stellvertreter handelt; denn dann retinirt nicht der Stellvertreter, sondern in der That nur dessen Principal. Man vergleiche hieher *Kanne* diss. de compensatione et retentione in concursu creditorum locum habente §. 5. in fin. *Mühlpfort* (Strauch) de jure ret. th. 9. Not. π. Nur des Einen gedenke ich in dieser Beziehung noch, daß der Retinent, weil der Besitz der Sache auf seiner Seite für die Ausübung des jus retentionis wesentlich ist, begreiflich besitzfähig seyn muß. Wer dieses sey, lehrt jedoch auch die Doctrin über Besitz, auf die zu verweisen es genügt. Man sehe v. Savigny Lehre v. Besitze §. 9. S. 325. 326. Thibaut System §. 213. 215. und überall noch *Mühlpfort* (Strauch) de jure ret. th. 9. Not. o. th. 18. auch *Koenig* (Reüsner) de jure ret. §. 24—28. *Richter* de reteut. thes. 10.

§. 18.

1) Der das Retentionsrecht ertheilende Rechtsgrund.

Da das Retentionsrecht nach §. 15. der Rechtsregel, welche dem Dritten sein Eigenthum vorzuenthalten verbietet, entgegenläuft, so ist es nothwendig, daß dasselbe, soll es dennoch Platz greifen, einen speciellen Rechtsgrund für sich habe, durch welchen es in dem einzelnen Falle als statthaft sich darstellt. Dieser Rechtsgrund nun kann bestehen entweder in der Gestattung von Seiten desjenigen, dem die zu retinirende Sache gehört, oder wider dessen Willen in gesetzlicher Vorschrift. Die Gestattung des jus retentionis kann wiederum entweder in einer letztwilligen Disposition oder durch Vertrag unter den Betheiligten ausgesprochen seyn. Es ergiebt sich hieraus, daß der das Retentionsrecht zulässig machende Rechtsgrund entweder in Testament, oder Vertrag oder Gesetz besteht. Wir werden später entwickeln, wie das jus retentionis nach seinem Rechtsgrunde sich modificire.

§. 19.

2) Der Beſitz des Retinenten.

a) Für das jus retentionis iſt nur die naturalis possessio erforderlich.

Es liegt in der Natur des Verhältniſſes, daß ein Recht zur Rückhaltung einer Sache, bis etwas erfolgt iſt, auf Seiten deſſen, der rückhalten will, den Beſitz der Sache unerläßlich fodert. Der Beſitz der Sache wird darum auch von den Geſetzen [1]) als präjudiciell für die Zuſtändigkeit des jus retentionis bezeichnet. In lege 1. princ. cit. D. quib. mod. pign. solv. heißt es:

„Igitur qui negotium gessit, utilem Servianam dari sibi non recte desiderabit: *si tamen possideat, exceptione doli defenditur;*“

ferner in lege un. cit. Cod. etiam ob chirogr. pecun.:

„*At si in possessione fueris constitutus*, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, *cam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris;*“

in lege 14. cit. D. de doli mal. et met. exc.:

„eum qui in alieno solo aedificium exstruxerit, *non alias sumtus consequi posse, quam possideat — scilicet opposita doli mali exceptione;*“

in lege 29. §. 1. cit. D. de evict.:

1) l. 1. pr. D. de pignor. 20, 1. — l. 29. §. 1. D. de evict. 21, 2. — l. 14. §. 1. D. comm. div. 10, 3. — l. 36. D. ad S. C. Treb. 36, 1. — l. 8. D. de incendio. 47, 9. — l. 9. §. 3. D. de damno inf. 39, 2. — l. 26. §. 4. l. 33. D. de cond. ind. 12, 6. — l. 1. pr. D. quib. mod. pign. 20, 6. — l. 9. §. 1. D. de adq. rer. dom. 41, 1. — l. 2. pr. D. de leg. Rhod. 14, 2. — l. 27. §. 5. D. de rei vind. 6, 1. — l. 14. D. de dol. mal. et met. exc. 44, 4. — l. 11. Cod. de rei vind. 3, 32. — l. un. Cod. etiam ob chirogr. pec. 8, 27. — l. 30. D. de pignor. act. 13, 7. Man vergl. hierher: *Lauterbach* l. l. §. IX. *Schmidius* l. l. §. 24. *Boehmer* l. l. §. I. *Schnorr* l. l. §. 9. *Ranft* §. 1. in fin. §. 5. Hufeland Lehrbuch des Gewürrechts. §. 1385. Not. b. Glück Com. Bd. 15. S. 115. num. 1. v. Wening Ingenheim a. a. O. I. §. 169. num. 1. Mühlenbruch Lehrb. §. 136. tit. a. Faſelius a. a. O. §. 7.

„si duplae stipulator, ex possessore petitor factus, et victus sit, *quam rem, si possideret, retinere potuerit*, peti autem utiliter non poterit;“

in lege 14. §. 1. cit. D. com. div.:

„Caeterum *si alienavero partem meam, non erit unde retinere possim.* Sed is, qui a me emerit — poterat retentionem facere;“

in lege 36. cit. D. ad S. C. Treb.:

„*si nihil est, quod retineat? veluti cum omnia in nominibus sunt, aut in corporibus, quae non possideat;*“ [2])

in lege 2. pr. D. ad leg. Rhod. de jactu:

„Imo, etsi retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus. *Quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas.*“

Stellen gleicher Bedeutung, worin des Besitzes ausdrücklich als präjudiciell für die retentio rei erwähnt wird, ließen sich noch viele hinzufügen.

Eine fernere Erwägung der Natur der Sache lehrt: soll die Sache einem Andern durch Rückhaltung entzogen bleiben, so ist das Wesentliche in dem hierzu erfoderlichen Besitze die Detention, das factum possessionis, welches nuda detentio, oder naturalis possessio genannt wird [3]), und der Sache so sicher sich bemächtigt hat, daß eine fremde, den Besitz entziehende Einwirkung darauf nicht möglich ist. Jede solche Einwirkung würde ja die Fortdauer des physischen Zustandes zu der Sache, durch welche dieselbe allein nur von dem Besitzer für sich rückgehalten

2) Hieher dienen auch Gesetze als Belege, welche das aus besondern Rechts- oder Vertragsverhältnissen schon folgende Recht zur Rückhaltung der Sache behandeln, sobald nur auch bei ihnen die Bedingungen eintreten, unter denen das von solchen besondern Verhältnissen unabhängige eigentliche jus retentionis auch statt finden würde, wenn jene Rechte die retentio nicht schon mit umfaßten. Siehe oben §. 4. gegen das Ende.

3) Savigny Besitz. ed. V. Gießen 1827. §. 1. 5. 7. Thibaut üb. Besitz u. Verjährung. Th. I. §. 1. 2.

werden kann, aufheben, folglich die retentio rei vernichten und somit das jus retentionis der Seele seines Lebens berauben. Es ist hieraus offenbar, daß die nuda detentio, die naturalis possessio rei, den einzig wesentlichen Besitz für das Retentionsrecht bildet. Wenn daher die Rechtslehrer über unsern Gegenstand lehren: „der Besitz bei dem Retentionsrechte könne sowohl ein natürlicher als ein Civilbesitz seyn [4]," oder: „er brauche nicht gerade ein juristischer Besitz zu seyn, es genüge schon, wenn er nur ein Naturalbesitz sey [5];" so hat diese Lehre sicherlich das Wesen der Sache nicht scharf genug bezeichnet, ja meiner Ansicht nach nicht einmal völlig richtig dargestellt, da sie die Behauptung enthält, als reiche jeder Civilbesitz zum jus retentionis hin, eine Behauptung, welcher ich durchaus widersprechen muß. In dieser Beziehung muß ich Folgendes noch über die Natur des zum Retentionsrechte erfoderlichen Besitzes hinzufügen.

§. 20.

Fortsetzung.

Verhältniß der possessio civilis zum Retentionsrechte.

Wir erwähnten schon, daß der Besitz bei dem Retentionsrechte vor Allem der Wirkung theilhaftig seyn müsse, welche dem Besitzer die Einwirkung auf die res possessa physisch möglich und jede fremde Einwirkung auf dieselbe unmöglich mache. Fragen wir nun, ob der juristische Besitz, der Interdicten- und Usucapionsbesitz, zum Retentionsrechte genüge, so kann hierauf nur die Antwort seyn: insofern derselbe jener Wirkung theilhaftig ist und seyn kann, insofern wird er zum Retentionsrechte caeteris paribus allerdings befähigen. Daß der Naturalbesitz, die Detention, jene Wirkung immer zu äußern vermag, ist aus der Lehre des Besitzes nicht zu bezweifeln [1]; allein dem juristischen Besitze

4) Faselius Retentionsrecht. §. 7. *Lauterbach* l. l. §. 9. Hufeland üb. den eigenthüml. Geist des röm. Rechts, als Handbuch zu s. Lehrb. des Civ. R. Th. II. Erste Abth. Abh. 6. §. 4. S. 34. 35.

5) *Schmidius* l. l. §. 26. Glück Com. Bd. 15. S. 115. num. 1). Sintenis Pfandrecht. §. 5. S. 22.

1) v. Savigny Besitz. §. 1. 13. 14. 18. 31. Mühlenbruch Lehrb.

kann ich eine gleiche Eigenschaft nicht zugeben. Der juristische Besitz wird zwar häufig mit der Detention, dem Naturalbesitze verbunden seyn; er ist es jedoch nicht nothwendig immer [2]). In der Lehre vom abgeleiteten Besitze erfahren wir [3]), daß eine gewisse Person eine und dieselbe Sache naturaliter besitzt, während eine andere sie im Civilbesitze hat; es hat z. B. der Verwalter eines fremden Besitzes, der Commodatar, der Conductor nur die factische Detention, den Naturalbesitz, während der Eigenthümer den juristischen Besitz behält. Nun hat aber der Verwalter, der Commodatar, und auch der Conductor [4]), wie wir später uns überzeugen wollen, selbst dem Eigenthümer gegenüber das Retentionsrecht. Wir haben hier also Fälle, in denen nur der Naturalbesitzer, nicht aber der Civilbesitzer das jus retentionis hat. Unser Stellvertreter, welcher die factische Detention der Sache für uns ausübt, kann uns zwar durch seinen Willen, den juristischen Besitz *für sich* auszuüben, diesen Besitz ohne Weiteres nicht rauben [5]); allein die physische Möglichkeit der Einwirkung auf die res possessa, wird in einem solchen Falle schon nicht mehr vorhanden, mithin die Ausübung des jus retentionis nicht mehr möglich seyn [6]), eine Einwirkung, welche überhaupt dann schon nicht mehr eintreten kann, sobald nur unser Stellvertreter ohne die Absicht, selbst für sich Besitzer seyn zu wollen, die Sache uns vorenthält aus ganz andern Gründen, als denen, welche unsere Besitzrechte zu gefährden vermöchten. In l. 20. D. de acq. vel amitt. poss. 41, 2. heißt es:

---

§. 239. Mackeldey Lehrb. des heutigen röm. Rechts. §. 210. col. §. 221, 222. princ.

2) Mühlenbruch a. a. O. §. 235. v. Savigny Besitz. §. 5. u. 7. num. 2. a.

3) v. Savigny §. 9. S. 104 sq. §. 23. S. 279 sq.

4) Siehe unten §. 57. 58. 59.

5) v. Savigny Besitz §. 33. S. 387 sq. Mühlenbruch Lehrb. §. 241. II. Mackeldey a. a. O. § 229. 1). Thibaut Syst. ed. 8. §. 220.

6) v. Savigny Besitz. §. 33. S. 390. Not. 1. l. 47. D. de acq. vel am. poss. 41, 2.

„Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur: quid enim si alia quaedam fuit justa et rationabilis causa non reddendi [7])? non utique ejus rei possessionem intervertit.“

Verweigert nun unser Stellvertreter aus einer rationabili causa, wohin wir auch das ihm gegen uns zustehende jus retentionis zu rechnen haben [8]), uns die Herausgabe der Sache, so vermögen wir an solcher, weil wir von der Einwirkung auf die Sache ausgeschlossen sind, auch einem Dritten gegenüber kein jus retentionis auszuüben, obschon uns den juridischen Besitz an der Sache arg. leg. 20. cit. niemand absprechen kann. Es leuchtet demnach ein, daß nicht jeder juristische Besitz zum jus retentionis hinreiche, daß vielmehr dieser Besitz nur dann dazu auslange, wenn er zugleich mit dem factischen Verhältnisse der detentio rei verbunden ist, ein Verhältniß, welches bekanntlich solange als vorhanden angenommen werden muß, solange wir in dem Zustande der Möglichkeit uns befinden, das physische Verhältniß zur Sache (factum possessionis), das Verhältniß unmittelbarer Einwirkung auf dieselbe nach Willkühr zu reproduciren [9]).

Aus Allem ergiebt sich: da für das Retentionsrecht nur der Naturalbesitz der Detention erfoderlich ist, so ist auch im Civilbesitze nur dieser Naturalbesitz für das Retentionsrecht von wesentlichem Interesse [10]).

---

7) vergl. noch l. 12. in f. D. de vi et vi arm. 43, 16.

8) v. Savigny Besitz. §. 33. S. 388. Not. 2.

9) v. Savigny Besitz. §. 31. col. §. 18. S. 229. Mackeldey Lehrb. §. 226. *Muhlfort* (Strauch) l. l. th. 9. Not. x. l. 18. pr. D. de acq. v. am. poss. 42, 2. „Nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienae possessioni praestat ministerium.“

10) v. Büow Abhandl. üb. einzelne Materien des R. R. Th. II. Abh. 24. S. 218. 220. Für das jus retentionis kann es allerdings wegen zustehender Klagen und Interdicte von Nutzen seyn, wenn der Besitz neben der Detention auch noch die Eigenschaft des ewigen hat; allein diese Vortheile folgen aus der Zufälligkeit, daß der Besitz der juristische ist, sie sind aber für die Existenz des jus ret. nicht wesentlich. Wenn *Schnarr* l. l. §. 9. lehet:

§. 21.

Fortsetzung.

Beurtheilung eines Einwandes.

Ich muß hier noch eines möglichen Einwandes gegen einen Satz des vorigen Paragraphen gedenken. Nach dem Grundsatze: „nam possidet, cujus nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium“ (siehe §. 20. Not. 9.) könnte man in dem Falle, wo der Stellvertreter den Besitz sich gar nicht zueignen will, sondern nur aus einer andern justa et rationabili causa die Herausgabe der Sache verweigert, annehmen, daß das Stellvertretungsverhältniß den juristischen Besitzer mindestens befähige, einem Dritten gegenüber[1]) das jus retentionis auszuüben. Ich vermag jedoch diese Annahme nicht zuzugeben. Sobald dem juristischen Besitzer die Herausgabe der Sache, sey es aus einem Grunde, aus welchem es wolle, verweigert wird, befindet er sich offenbar nicht mehr in dem physischen Verhältnisse zu der Sache, in welchem er nach Willkühr auf dieselbe einwirken könnte; er mag in einem solchen Falle unter Umständen, (denen der l. 20. D. cit. 41, 2.) den juristischen Besitz an der Sache noch nicht verloren haben (und nur von der Fortdauer des juristischen Besitzes ist die l. 20. cit. zu verstehen); allein den factischen Zustand der detentio rei hat er offenbar nicht. Wie könnte man sagen, er hätte ihn noch, da er ihn ja haben will und eben nicht bekömmt. Das Stellvertretungsverhältniß, welches bekanntlich auf dem Prinzipe der Genehmigung von Seiten

---

retentionis exercitium inprimis desiderat possessionem naturalem a parte creditoris, quia ea haud existente retentio non potest cogitari, so ist er mit mir doch nicht einverstanden, da er nach §. 15. h. princ. die possessio naturalis meint, welche der Interdicte theilhaftig ist und nur der possessio ad usucapiendum gegenüber naturalis genannt wird.

1) Dieser Fall kann sich ereignen, wenn z. B. eine Sache gegen deren Eigenthümer retinirt wird, welcher dieselbe wieder einem Andern schuldig wurde, gegen diesen aber selbst ein Retentionsrecht daran auszuüben berechtigt seyn würde, sobald er nur erst die Sache von seinem Gläubiger zurückerlangt hätte.

des juriſtiſchen Beſitzers beruht [2]), muß ja obendrein deshalb hier in ein ſehr zweifelhaftes Licht treten, da es eine detentio fortſetzt, welche nach dem Willen des Prinzipales gerade nicht fortgeſetzt werden ſoll. Man kann auch nicht ſagen, der Prinzipal befinde ſich in der Lage, durch Befriedigung der Foderung, weshalb gegen ihn retinirt wird, die detentio rei ſich zu verſchaffen. Denn einmal wird in der Zwiſchenzeit während des Zuſtandes der Verweigerung der Herausgabe der Sache an ihn doch immer ein ihn davon ausſchließendes Verhältniß ſtattfinden; dem ganz ähnlich, wovon l. 13. pr. D. de acq. v. a. m. 41, 2. verbis: „cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti: dominium me retinere puto, *possessionem non puto.*“ ſpricht; ſodann iſt ja der Fall möglich, daß er die Kräfte dazu nicht beſitzt, jene Foderung zu tilgen, wodurch er wenn nicht gar für immer, doch auf lange Zeit von der factiſchen Detention der Sache ausgeſchloſſen wird. In dieſem Falle iſt der juriſtiſche Beſitzer doch augenfällig in faſt ganz gleicher factiſchen Lage, als jener Beſitzer, dem die Mittel abgehen die in den Fluß gefallene Sache durch einen Taucher wieder herausholen zu laſſen [3]). Er mag, weil der Stellvertreter animum possessionem intervertendi nicht hat, diejenigen Vortheile juriſtiſchen Beſitzes, wozu die detentio rei nicht abſolut erfoderlich iſt, z. B. usucapionem fortſetzen; allein man kann nicht ſagen, er retinire die Sache, die er ſelbſt nicht in detentione hat. Res mobiles — heißt es in l. 3. §. 13. D. de acq. v. am. poss. 41; 2. — *quatenus sub custodia nostra sint*, hactenus possideri, id est, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Wie kann der juriſtiſche Beſitzer die retentio rei haben, wenn er ſich nicht einmal in der Lage befindet, dieſelbe aufzugeben, und dem Retentionsgegner die Sache

2) v. Savigny Beſit. §. 26. S. 313 sq. Mackeldey Lehrbuch §. 223. in f.

3) l. 30. § 3. l. 3. §. 17. D. de acq. v. am. poss. 41, 2. col. lege 3. §. 13. D. ibid.

zurückzuhändigen. Ich kann darum dann, wenn das Stellvertretungsverhältniß zwischen die Möglichkeit auf Seiten des juristischen Besitzers, auf die Sache einzuwirken, in der Maaße getreten ist, daß es den letztern von der detentio rei ganz zurückhält, durchaus nicht annehmen, daß der juristische Besitzer irgend ein jus retentionis auszuüben vermöchte. Man kann höchstens nur sagen, er befinde sich in einem Besitzverhältnisse zur Sache, worin ihm die Ausübung des jus retentionis möglich werden kann, dieses Recht solange aber als ein noch nicht in das Leben getretenes, gleichsam schlafendes Recht betrachtet werden muß, solange die Möglichkeit willkührlicher Ergreifung der detentio rei nicht zurückkehrt. In jedem Falle aber würde auch eine gegentheilige Meinung nur immer einen Beleg für den Satz liefern, daß es bei dem jus retentionis auf den Naturalbesitz der detentio rei hauptsächlich ankomme, da das jus retentionis auch in dem hier besprochenen Falle dem juridischen Besitzer nur darum zugesprochen werden könnte und würde, weil er einem Dritten gegenüber als noch in detentione zu betrachten sey, obschon sein Stellvertreter gegen ihn retinire.

§. 22.

b) Gewährt quasi-possessio das Retentionsrecht?

Diese Frage kann getrennt von der Untersuchung, ob eine unkörperliche Sache Gegenstand des Retentionsrechtes seyn könne, nicht beantwortet werden, da, wenn diese bejahet oder verneint werden müßte, jene zugleich mit gleichmäßig beantwortet worden ist. Ich lasse diese Untersuchung hier, wo ich von dem Requisite des jus retentionis, der Sache als dessen Gegenstand, noch nicht rede, dennoch schon folgen, weil wiederum nur nach der Möglichkeit der Detention einer unkörperlichen Sache, also nach hieher gehörigen Grundsätzen, entschieden werden kann, ob eine res incorporalis einen Gegenstand des Retentionsrechtes zu bilden vermöge.

Die Rechtslehrer sind darüber, ob eine unkörperliche Sache Gegenstand des Retentionsrechtes seyn könne, entgegengesetzter

Meinung. Einige verneinen es [1]), während es andere bejahen [2]). Glück beruft ſich hinſichtlich ſeiner verneinenden Meinung auf l. 36. Dig. ad S. C. Trebell. 36, 1. allein gewiß mit Unrecht. Die allein hieher zu beziehenden Worte der lex:

„Quid enim si nihil est, quod retineat? veluti cum omnia in nominibus sunt, aut in corporibus, quae non possideat.“

enthalten nirgends den Satz, daß alle res incorporales nicht retinirt werden könnten oder dürften; ſie enthalten nur enunciativ Fälle, und zwar nomina, wo Beſitz nicht ſtatt findet. Daß nun an nominibus, obligatoriſchen Foderungsrechten [3]), kein Beſitz, auch nicht ein Quaſibeſitz ſtatt finde, iſt richtig [4]), hieraus folgt jedoch nichts für jura, die einen Quaſibeſitz zulaſſen. Sieht man auf den Inhalt dieſer Foderungsrechte, ſo läßt dieſer ein Retentionsrecht im Allgemeinen allerdings zu [5]); allein unter Umſtänden kann es möglich ſeyn, daß derſelbe, weil er noch nicht in den Händen desjenigen iſt, der ihn retiniren will, auch nicht retinirt werden kann. Sind ausſtehende Foderungen inexigibel oder iſt das debitum ſicher nicht zu verſtricken, ſo iſt ein jus retentionis daran auch nicht auszuführen. Da man eben bei ausſtehenden Schulden nicht ſagen kann, daß man ihren Inhalt ſchon detinire, ſo hat *Paulus* in lege 36. cit. auch ganz recht

1) Glück Comm. Bd. 15. S. 119. princ. Sintenis Pfandrecht §. 5. S. 22.

2) *Schmidius* l. l. §. 7. in fin. Fuſelius a. a. O. §. 2. Not. u. und §. 7. Not. f. *Schnorr* l. l. §. 9. *Ranft* l. l. §. 4. *G. E. Meusell* diss. de jure retentionis (praeside *D. F. Romano*) thes. 26. *Mich. Koenig* diss. de jure retentionis (praeside *Jer. Reusnero*). §. 14. *J. J. Muhlpfort* jus retentionis (praes. *J. Strauchio*). thes. 20. Not. x. Schotten l. l. §. 26.

3) Daß nomen die debiti obligatio bedeutet cf. l. 6. D. de V. Signif. *Brissonius* de verb. signif. sub voce „nomen“ num. 5.

4) v. Savigny Beſitz §. 49. S. 567. Mühlenbruch Lehrb. §. 236. in fin.

5) l. 21. D. ad S. C. Treb. 36, 1. „adversus agentem doli mali exceptione uti posse eum, et debitoribus denuntiare, ne solveretur.“

von ihnen zu sagen: nihil est, quod heres retineat; es fällt jedoch in die Augen, daß hierdurch über die retentio der res incorporales um so weniger etwas entschieden ist, als der Inhalt des nomnis obendrein eine res corporalis bildet. Sintenis hat für seine verneinende Meinung gar keinen gesetzlichen Beleg.

Ein Gesetz, welches das jus retentionis an unkörperlichen, nur im Quasipossesse befindlichen Dingen verböte, giebt es nicht; es kann sich daher nur fragen, ob die Natur einer solchen Sache demselben entgegen sey. Nach den im §. 19. entwickelten Grundsätzen könnte dieses der Fall werden, wenn es bei solchen Sachen unmöglich seyn sollte, dieselben in der Maaße in detentione zu haben, daß eine fremde, den Besitz entziehende, Einwirkung darauf ausgeschlossen ist. Von diesem Puncte aus, muß unsere Untersuchung sich bewegen. Nicht zu verkennen ist, daß ein solcher Detentionszustand bei körperlichen Dingen, und namentlich bei beweglichen, die man mit seiner Detention völlig umstricken kann (was bei unbeweglichen Sachen schon schwieriger ist [6]),) viel sicherer zu erreichen seyn wird, als bei unkörperlichen Gegenständen, wo man neben dem Rechte nicht zugleich auch die Sache besitzt, an welcher man das Recht ausübt. Die Gesetze [7]) sagen z. B. von servitutibus praediorum rusticorum und urbanorum:

„servitutes praediorum rusticorum tales sunt servitutes, ut non habeant certam, continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur."

Die Ausübung des Rechts muß allerdings die Stelle des Innehabens der Sache vertreten, usus pro possessione est [8]). Daß es nun aber möglich sey, bei unkörperlichen Dingen sich so in usu zu halten, wodurch fremde Einwirkung ausgeschlossen, der Quas-

6) Rossirt im Archive für civ. Prax. Bd. 8. S. 30.

7) l. 14. Dig. de servitutibus. 8, 1.

8) L. 20. D. de serv. 8, 1. Schweppe röm. Privatr. §. 223. num. 2.

ſibeſitz folglich retinirt werde, entnehmen wir aus der Lehre über den Quaſibeſitz an unkörperlichen Dingen, über deſſen Erwerb, Fortdauer und Verluſt, eine Lehre, die ich als bekannt hier nicht zu entwickeln brauche [9]). Es wird ſich leicht entnehmen laſſen, wo es thunlich iſt, die unkörperliche Sache ſo in detentione zu halten, daß fremde Einwirkung nicht möglich erſcheint. Wenn der Quaſibeſitz mit dem Beſitze einer körperlichen Sache, ſey es nun die Sache ſelbſt, woran man das Recht ausübt (wie bei dem ususfructus), oder eine zur Ausübung dienende ſachliche Vorrichtung (wie bei Urbanalſervituten), verbunden iſt, ſo wird die retentio rei incorporalis gar keine Schwierigkeiten haben. Uns genügt hier das Reſultat: ſoweit es möglich iſt, eine unkörperliche Sache derartig in detentione zu haben, daß wir ſie der Einwirkung eines Andern zu entziehen vermögen, ſo ſteht nichts entgegen, eine ſolche als Gegenſtand des Retentionsrechtes zu behandeln. Die Möglichkeit hierzu wird dadurch ſehr erleichtert, daß die Eigenthümlichkeit [10]) der rei incorporalis dem Beſitzer es geſtattet, zum Schutze ſeines Beſitzes gewiſſer Interdicte ſich zu bedienen, während der Beſitzer einer körperlichen Sache, wenn er nur detentionem rei hat, ſolchen Schutzes entbehrt. Es zeigt ſich hier ein einflußreicher Unterſchied zwiſchen der detentio rei corporalis und incorporalis bei dem jure retentionis; derſelbe verſchwindet jedoch in, die Sätze des §. 20. ſtörender, Bedeutung, wenn man nur erwägt: nicht die Natur des zum Retentionsrechte erfoderlichen Innehabens der Sache, ſondern die Natur des Quaſibeſitzes bringt es mit ſich, daß der Quaſibeſitz, dem juriſtiſchen Beſitze an einer körperlichen Sache ähnlich, mit dem Schutzmittel von Interdicten begleitet iſt; und es gilt hinſichtlich

9) Man vergleiche: v. Savigny Beſitz. §. 44 bis 49. Roßhirt a. a. O. S. 23—74. — Mittermaier Grundſätze des deutſchen Privatrechts. Zuſätze d. a. 1824 zu §. 229. S. 41. giebt eine ſehr zu empfehlende Ueberſicht der deutſchrechtl. Realrechte. *Menoch.* de retin. poss. remed. V. num. 51 sq.

10) v. Savigny a. a. O. u. auch §. 12. S. 166. 167. 169. Roßhirt a. a. O. Mackeldey Lehrb. §. 224. Thibaut Syſt. §. 221.

seiner dieselbe Bemerkung, wie hinsichtlich des das Retentionsrecht ausübenden juristischen Besitzers, daß nehmlich die von ihm dem jus retentionis entstehenden Vortheile nicht wie zur Detention absolut gehörig, sondern wie zufällig aus der die res retenta begleitenden Eigenthümlichkeit folgend hinzutreten. Ein gesetzliches Beispiel eines Retentionsrechtes an der servitus usus-fructus und zwar selbst mit dem Beispiele des Nutzens der Interdicte für Ausübung desselben findet sich in lege 3. §. 17. D. de vi et vi arm. 43, 16. wodurch jedes Bedenken gegen die Zulässigkeit des jus retentionis an unkörperlichen Dingen widerlegt erscheint.

§. 23.

c) Die possessio muß im Verhältniß zu dem Retentionsgegner nicht malae fidei und nicht vitiosa seyn.

Ueber die Frage, ob der Besitz fehlerlos seyn müsse, urtheilen die Rechtslehrer wiederum sehr verschieden. Mehrere [1]) verneinen und viele [2]) bejahen sie unbedingt, während andere [3]) die

1) *Gail* obs. Lib. II. obs. 12. n. 6. *Capicius* dec. 17. n. 7. *Menochius* tract. de recup. possess. remed. 51. n. 563. welche mindestens dem spolintor das jus ret. zugestehen. c. Wening Ingenheim Lehrbuch des Civilrechts I. Bd. §. 169. Schweppe röm. Privatr. §. 183. d. S. 408. Glück Bd. 27. S. 186. Not. 90.

2) *Molignatus* l. l. qu. 204. 315. 417. S. 370. *Althusius* l. l. num 1. *Wunderlich* disquis. de jure retentionis etc. §. II. princ. *Heisler* l. l. §. 20. col. §. 31. *Schotten* l. l. §. 2. S. 7. §. 27 S. 38. *Mevius* comm. in jus Lubecense L. 1. tit. V. Art. 13. num 5. u. P. 6. dec. 43. *F. S. Landgraffen* Beati possidentes. Jenae 1687. Sect. II. membr. II. §. VII. *Boehmer* l. l. §. VIII. *Stryk* us. mod. L. 16. tit 2. §. 18 u. diss. de possessione per cautionem non auferenda. Cap. 2. §. 24. *Schnorr* l. l. §. 3. 9. u. 14. *Ranft* l. l. §. 5. *Hellfeld* jurispr. for. §. 936 Glück Com. Bd. 15. S. 115. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts §. 1385. Mackeldey a. a. O. §. 184. Mühlenbruch Lehrb. §. 136. Sintenis Pfandr. §. 5. S. 22. u. a.

3) *Lauterbach* l. l. §. 9. *Koenig* (Rensner) l. l. §. 12. n. XIV. 46. *Muhlpfort* (Strauch) l. l. th. 8. Not. x. th. 23. *Meusell* (Romanus). l. l. th. 16. *Schmidius* l. l. §. 12. 17. 34. 35. Faselius a. a. O. §. 9. u. Not. d. Dabelow System des Civilrechts §. 888.

Fehlerfreiheit des Beſitzes zwar als Regel annehmen, aber ausnahmsweiſe auch einen vitiöſen Beſitz ausklangen laſſen wollen. Für die verneinende Meinung citirt Glück leg. 9. Cod. de bonis proscriptorum. 9, 49. und für die Ausnahmsfälle werden angezogen l. 38. D. de ber. pet. 5, 3. — l. 5. Cod. de rei vind. 3, 32. — l. 16. Cod. de praed. et al. reb. min. vers. emptor. 5, 71.

Die l. 9. Cod. 9, 49. anlangend, ſo geht aus ihr zu Gunſten der verneinenden Meinung nichts hervor; ſie erlaubt der Frau eines proscripti die ihr gehörigen Sachen ſelbſt eigenmächtig an ſich zu nehmen [4]). Dieſe Erlaubniß iſt vorerſt ein jus singulare, ein der Frau gegebenes beneficium, was jeden Falles als Regel nicht zu generaliſiren wäre; ſodann iſt hier überhaupt mit Hinblick auf Nov. 134. cap. 13. um ſo weniger von einem unrechtmäßigen Beſitzerwerbe die Rede, als die Frau ob mutuam vitae consuetudinem jure familiaritatis immer wie im Mitbeſitze der von ihrem Ehemanne beſeſſenen Dinge gedacht werden kann [5]).

Die unbedingt bejahende Meinung ſcheint mir die durchaus geſetzlich begründete [6]). In lege 25. cit. D. de pignor. heißt es zu deutlich:

4) Man ſehe *Brunnemann* ad leg. 9. Cod. cit. 9, 49.

5) l. 41. D. d. a. v. a. p. 41, 2. — l. 1. D. de ritu nuptiar. 23, 2. *Mynsinger* Cent. VI. obs. 82. *Bald.* in l. un. in f. Cod. de rei ux. act. u. in l. pen. C. de non num. pec. l. si tibi C. qui pot. in pign. *Bartolus* in l. filiofam. D. sol. matrim. *Weber* (Hering) de ret. in securitat. dotis permissa. §. 6. 7. *Mevius* ad jus Lubec. L. I. tit. V. art. 13. n. 8. 9. *Carpzov.* P. II. Const. 25. def. 8. Madelbey Lehrb. §. 515 u. 521. Not. a. Tigerſtröm Bd. 1. §. 23—29. 35—37. Thibaut Syſt. §. 341. 346.

6) cf. l. 25. D. de pignor. 20, 1. — l. ult. §. ult. Cod. de compensat. 4, 31. — §. 30. 32. 33. 34. Inst. de rer. div. — 2, 1. l. 7. §. 12. D. d. a. r. d. 41, 1. — l. 13. D. de condict. furt. 13, 1. et *Brunnemann* ad h. leg. l. 1. Cod. de infant. expos. 8, 52. et glossa ad h. leg. — l. 48. D. de rei vind. 6, 1. — l. 1. pr. §. 5. u. 9. D. uti possid. 43, 17. — l. 1. §. 3. D. quod vi aut clam. 43, 24. — l. 134. §. 1. D. de reg. jur. — l. 1 u. 7. Cod. unde vi. 8, 4. — cap. 2 u. 4. X. de ordine co-

„cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est: nec si bona creditoris ad fiscum pertineant;“

ferner in eit. lege ult. §. ult. Cod. de compens.:

„possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur;“

in eit. §. 30. Inst. de rer. div. und l. 48. D. de rei vind. auch in l. 7. §. 12. D. d. a. r. d. 41, 1. ist nur dem bonae fidei possessor das jus retentionis gestattet, dem malae fidei possessor aber seiner mala fides halber ausdrücklich abgesprochen; und in l. 1. §. 9. D. uti poss. und l. 1. §. 3. D. quod vi aut clam ist ausdrücklich bestimmt, daß der vitiöse Besitz dem Besitzer durchaus keine Vortheile, und namentlich keine ihn schützende exceptio gewähren solle. Die Vorschriften des canonischen Rechts in Cap. 2 und 4. X. eit. 2, 10. gebieten unbedingt die sofortige restitutio spolii. Zwei sehr sprechende Stellen sind uns aufbehalten worden in dem *Codex Gregorianus* nämlich: l. 1. Cod. Gregor. de rei vind. Lib. III. tit. III. welche heißt:

Vineas in alieno agro institutas solo cedere: *etsi a malae fidei possessore id factum sit, sumptus eo nomine erogatos per retentionem servari non posse, incognitum non est.*

Die Const. ist vom Kaiser Gordianus aus dem Jahre 242 n. Chr.

Die zweite Stelle ist l. 2. Cod. Greg. ib. und lautet:

Aedificium in alieno agro exstructum solo cedere, sumptusque eo nomine factos *non nisi bonae fidei emptorem* per retentionem posse servare *certissimi juris est.*

Diese Const. ist v. Kaiser Philippus, der von Jahre 244—249. n. Chr. regierte. Beide Stellen sind um so gewichtiger, da sie uns referiren, daß es ausgemachten und allbekannten Rechtens gewesen sey, daß dem malae fidei possessor das Retentionsrecht nicht zustehe. Es wird dieses auch bestätigt durch *Gaji* Inst.

gnlt. 2, 10. Man vergl. noch oben §. 9 u. 13. und die glossa ad leg. 5. Cod. de rei vind. 3, 32. verb. „sumptus fecerint.“

Lib. II. §. 76. 77. 78. Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß unter vitiosa possessio die vel vi vel clam vel precario erworbene zu verſtehen ſey [7]). Hierbei iſt aber nicht zu überſehen, daß dieſe vitia possessionis nur gegen denjenigen Gegner dem Retinenten ſchädlich ſind, welchen wir unten im §. 35. als den Retentionsgegner bezeichnen, nicht auch gegen den extraneus, welcher den Retinenten des Beſitzes entſetzen will; denn auch der ungerechte Beſitzer wird ſchon deshalb, weil er beſitzt, berechtigter als Derjenige angeſehen, welcher nicht beſitzt [8]). Wir müſſen jedoch dieſen Sieg des vitiöſen Beſitzers keineswegs als einen Sieg des Retentionsrechtes betrachten; er iſt blos Folge des Rechts auf Beſitzſchutz gegen den Minderberechtigten, und der Beſitzer kömmt dabei nicht als Retinent, ſondern lediglich als Beſitzer in Betracht. S. unten §. 77. Es iſt nur eine Folge der hier vertheidigten Meinung, wenn *Molignatus* l. l. qu. 156. arg. glossae in §. 12. junct. text. leg. 26. D. de cond. ind. 12, 6. und *Bartolus* ad h. §. ejusd. leg. lehren, eine pro debito putativo gegebene Sache könne pro vero debito retinirt werden. Denn der Creditor bekam ohne vitium die Sache in ſeinen Beſitz, daher er auch caeteris paribus für eine ihm wirklich zuſtehende Foderung die Sache retiniren darf.

§. 24.

Fortſetzung.

Behauptete Ausnahmen von der Regel des §. 23.

Die auf l. 38. D. de her. pet. 5, 3. und l. 5. Cod. de rei vind. 3, 32. baſirte Ausnahme ſtellt ſich durch folgende Er-

7) l. 1. §. 5 u. 9. D. uti possid. 43, 17. Faſelius a. a. O. *Schmidius* l. l. §. 36—39. *Schnorr* l. l. v. Savigny Beſitz. §. 2. S. 8. Not. 1. u. §. 8. S. 83.

8) l. 1. §. 1 u. 9. l. 2. 3. princ. D. uti possid. 43, 17. — l. 53. D. d. a. v. a. p. 41, 2. — l. 4 §. 23. D. de usurpat. 41, 3. — l. 17. D. de precar. 43, 26. §. 4. Inst. de interdict. 4, 15. — l. ult. Cod de rei vind. 3, 32. *Hellfeld* diss. de violenta rerum nostrarum defensione. Jenae 1768. §. 28. in ejus opusc. N. XXI. Faſelius a. a. O. Not. a). *Schmidius* l. l. §. 34.

wägungen als unbegründet dar. Nach strengem Rechte [1]) sollte der widerrechtliche, vitiöse Besitz gar kein Ersatzrecht folglich auch kein Retentionsrecht begründen; allein eine billigere Meinung [2]), welche die Bereicherung mit dem Schaden des Andern für unrechtlich ansah, gewährte dem vitiose possidens, dem malae fidei possessor hinsichtlich solcher Aufwände auf die Sache, durch welche der Empfänger der Sache sich mit seinem Schaden bereichern würde, das Recht, Ersatz zu verlangen; ja man gestattete ihm [3]) sogar impensas voluptarias und supervacuas, selbst ein auf fremden Boden gebautes Gebäude, wenn sie ohne Nachtheil für die Sache davon getrennt werden konnten, wieder wegzunehmen. Es folgt demnach: die Regel ist, der malae fidei possessor hat kein Ersatzrecht, und die retentio ist ihm nach l. 20. D. de pignor. 20, 1. ausdrücklich abgesprochen. Die Ausnahme hiervon, welche die Billigkeit eingeführt hat, ist streng zu interpretiren. Alle Gesetze, welche aus Billigkeit auf ihn Rücksicht nehmen, reden lediglich von dem Rechte des Ersatzbegehrens, Abtrennens, Rücknehmens des Zugefügten, keineswegs aber von dem jure retentionis. Daß die l. 38. D. cit. mittelst der exceptio doli das Verlangen des Ersatzes geltend zu machen gestattet, begründet noch keinen Schluß auf das jus retentionis, da das Recht der Rücknahme, der deductio an der Sache, ebenfalls exceptione doli verfolgt werden konnte. Dolo facit qui petit, quod redditurus est, sagt ja l. 8. pr. D. de dol. exc. 44, 4. Hierzu tritt, daß der Schlußsatz der l. 38.

1) l. 7. §. 12. D. d. a. r. d. 41, 1. — §. 30. Inst. de rer. div. — l. 1. 2. D. de tigno juncto. 47, 3. — l. 38. D. cit. 5, 3. — l. 13 D de condict. furtiva 13, 1 — l. ult. Cod. de negotiis, 2, 19 — l. 5. Cod. de aedif. privat. 8, 10. — l. 3. §. 4. Cod. comm. de legat. 6, 43. *Brunnemann* ad leg. 3. §. 4. Cod. cit. —

2) l. 38. D. cit. 5, 3 — l. 36. § 5. D. ibid. — l. 14. §. 1. vers. „diversum" D. comm. div. 10, 3 — l. 2. 5. Cod. cit. de rei vind. 3, 32. — l. 14 46. D. de cond. ind. 12, 6. — l. 206 D. de reg. jur. 50, 17. — l. 6. §. 3. D. de negot. 3, 5.

3) l. 39. D. de her. pet. 5, 3. — l. 37. D. de rei vind. 6, 1. — l. 2. 5. Cod. cit. 3, 32. *Gothofred* ad leg. 39. D. cit. 5, 3 Not. a.

D. cit. verb. „Plane potest in eo differentia esse, ut bonae fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non exstet, in quam fecit; sicut tutor vel curator consequuntur; praedo autem non aliter, quam si res melior sit, (id est — sagt *Gothofred* ad hanc leg. not. e — quam si sumptus exstet)" den besten Aufschluß darüber giebt, daß in ihr nur von der deductio rei exstantis die Rede sey, welche mittelst der exceptio doli sollte verfolgt werden dürfen[4]). Das Retentionsrecht würde auch zu sehr gegen die obigen Regelsätze verstoßen, weil mittelst desselben die res vitiose occupata von dem fur, dem praedo zu Gunsten von Aufwänden zurückgehalten werden könnte, die mit dem Nachtheile durch die retentio in gar keinem Verhältnisse ständen. Will Billigkeit den Ersatz nicht verweigern, so scheint es doch nicht minder recht und billig, daß um dieses Ersatzes willen der Dieb und unredliche Besitzer überhaupt die widerrechtlich in Besitz genommene Sache, deren Besitz auf seiner Seite eben mit einer Unredlichkeit zusammenfällt, nicht rückhalten dürfe. Schon die Grundsätze des canonischen Rechtes über die Restitution des spolii schreiben ja, wie wir sahen, eine solche Rückgabe der Sache ohne Rücksicht auf die Foderung des Spoliators vor. Die l. 5. Cod. 3, 32. spricht von der retentio rei gar nicht, lediglich von Repetition und Wegnahme der impensae. Sie kann auch um so sicherer nicht entgegenstehen, da sie vom Kaiser Gordianus herrührt, welcher, wie wir oben §. 23. referirten, in l. 1. Cod. Greg. 3, 3. es für ein allbekanntes Recht erklärt hat, daß dem malae fidei possessor das Retentionsrecht wegen Impensen nicht zustehe.

Die l. 16. Cod. 5, 71. cit. endlich spricht von einem vitiös

4) Man vergleiche *Bartolus* comment. ad l. 41. (88 cit.) D. 5, 3. *Brunnemann* ad leg. 38. D. 5, 3. *Gothofred* ad eandem leg. not. c. d. e. *Vinnius* ad §. 29. 30 Inst. de rer. div. 2, 1. *Locamer* ad §. 30. 31. Inst. eod. *Boehmer* l. l. §. 9. Not. k. erklärt die l. 38. D. cit. auf obige Weise; er sagt: etiamsi etiam in malae fidei possessore ratio expensarum habenda sit juxta l. 38. D. de hered. petit., id tamen tantum cuncernit quaestionem, an et quatenus ab eo repeti et officio judicis servari queant, non vero beneficium retentionis. *Ranft* l. l. §. 5. S. 18. 19.

erworbenen Besitze durchaus gar nicht, sondern nur von dem Falle eines nicht gültig abgeschlossenen und in Vollzug gesetzten Vertrages. Bekanntlich aber muß zwischen possessio vitiosa und injusta unterschieden werden [5]).

Das in possessorio summarissimo auf die vitia possessionis es nicht ankommen solle, ist hier kein Gegengrund. Das summarissimum ist eine Klage, keine Einrede, ein vom Richter, nicht den Privaten getroffenes Interimisticum zu Verhüthung größerer Uebel, und nicht römischen, sondern neueren Ursprunges, folglich ein so völlig anderes Institut, als das Retentionsrecht, daß von ihm kein Schluß auf dieses rechtlich zulässig ist [6]).

§. 25.

d) Ueber den Anfang des Besitzes bei dem Retentionsrechte.

Hier ist die Stelle, wo wir den oben §. 4. Not. 3. referirten Grundsatz: „das jus retentionis finde dann erst statt, wenn die causa possessionis, mit welcher der Retinent zu besitzen begonnen, und auf deren Grund er zeither besessen, so sich gelöst habe, daß der Besitz dem Besitzer eigentlich nicht mehr gehören würde, falls nicht das jus retentionis dazwischen getreten wäre" in seiner Bedeutung völlig zu erkennen vermögen. Dieser Grundsatz steht nicht klar in aufgestellter Weise in den Gesetzen zu lesen; aber aus jedem Gesetze, welches ein Retentionsrecht ertheilt, ist er völlig deutlich zu entnehmen, denn jedes Gesetz — ich berufe mich auf alle in diesen Blättern für ein jus retentionis angezogenen leges — läßt eine causa possessionis erkennen, welche der retentio vorherging, ihr die detentio gebracht, selbst aber dann für das Retentionsrecht ausgewirkt hatte, so daß das jus retentionis zur neuen causa continuandae possessionis wurde. Man vergleiche u. a. die in §. 19. Not. 1. citirten Gesetze.

---

5) v. Savigny Besitz. §. 8. v. Wening Ingenheim Lehrb. des Civilr. B. I. §. 167. *Schnorr* l. l. §. 9. S. 16. 17. §. 14. S. 29.

6) v. Savigny Besitz. §. 51. *Schaumburg* princ. prax. jurid. jud. L. II. Cap. IV. §. 3. Not. **. *Walch* diss. de possessore legum ex sententia haud possidente §. 5. Faselius §. 9. Not. a. 1).

Es kann sich wohl treffen, daß die frühere causa possessionis neben der in dem Retentionsrechte entstandenen noch fortbesteht; ein solcher Fall wird jedoch kein Einwand gegen obigen Grundsatz seyn. Denn im Verhältniß zu dem Rechte der Retention hat die frühere causa mit der ihm gebrachten detentio ausgewirkt, und so sich gelöst, daß sie, abgesehen von ihrer Wirkung in ihrem Rechtsgebiete, im Gebiete des Retentionsrechtes die Rückhaltung der Sache nicht zu befördern vermöchte, wenn nicht die neue, im jus retentionis selbst liegende causa possessionis dazwischen getreten wäre. Hufeland [1]), welcher unsern Grundsatz so ausdrückt: „die zurückzubehaltende Sache muß aus gesetzmäßigem Rechtsgrunde bisher in des Berechtigten Inhabung gewesen seyn," erblickt in l. 9. §. 3. D. de damno inf. 39, 2. und lege 8. D. de incend. ruina naufr. 47, 9. Ausnahmen von derselben. Ich kann jedoch die Fälle dieser leges als Ausnahmen unseres Satzes nicht zugeben. Hufeland hat sich durch die Annahme, der Besitz müsse aus einem gesetzmäßigen Grunde in die Hände des Retinenten gekommen seyn, zu der Aufstellung jener Ausnahmen selbst verleitet. Jene Annahme behauptet aber offenbar zu viel. Nach den Ausführungen im §. 23. 24. kann von dem Besitze des Retinenten mehr nicht gefodert werden, als daß er nicht mala fide, und nicht vitiose erworben worden sey; allein daß der Besitz auf einem gesetzmäßigen Rechtsgrunde beruhe, ist nicht erfoderlich. Gerade die von Hufeland citirten leges und viele Gesetze, welche dem bonae fides possessor (z. B. l. 33. D. de cond. ind. 12, 6. — l. 48. D. de rei vind. 6, 1. — l. 9 pr. u. §. 1. D. de a. r. d. 41, 1. — l. 11. Cod. de rei vind. 3, 32.) ein Retentionsrecht geben, belegen dieses. Kam, wie in den legibus citatis, die Sache zufällig in des Retinenten Hand, so hat er sie sine vitio, und seine detentio rei ist zum jus retentionis, wenn andere Verhältnisse dasselbe begründen, qualificirt. Die dem jus retentionis vorausgegangene causa possessionis besteht dann in der zufällig, ohne des Retinenten Zu-

1) Hufeland Lehrb. des Civilr. §. 1385. u. Not. 6. dazu.

thun begonnenen, detentio rei, womit zugleich die Ansicht, als habe in dem Falle der leges citatae ein Besitz vorher nicht statt gefunden, widerlegt erscheint; denn der gleichsam zugefallene Besitz ist doch immer früher als die retentio; und diese causa praecedens muß als gleich mit der Entstehung wieder gelöst betrachtet werden, so, daß der Besitz dem Besitzer nicht mehr gehören würde, wenn nicht das jus retentionis dazwischen träte.

Das Retentionsrecht — und dieses ist die Eine gewichtige Bedeutung des hier zu beurtheilenden Grundsatzes — gewährt keinen Rechtsgrund, den Besitz der Sache, wenn ein anderer Grund ihn sine vitio uns nicht zuführt, zu ergreifen, denn das jus retentionis ist, wie schon das Wort retentio lehrt, ein jus *retinendi*, nicht ein jus adprehendendi possessionem; folglich muß ihm eine causa possessionis, mit welcher die possessio entstand, vorangegangen seyn. Die Rechtslehrer [2]) sagen daher, das jus retentionis werde an einem schon erworbenen Besitze ausgeübt und bestehe in continuatione possessionis. Wenn man entgegnet [3]), eine res vacuae possessionis zu ergreifen, sey kein unerlaubter Act [4]), daher werde mindestens eine solche Sache zu Gunsten des Retentionsrechtes ergriffen werden können, so ist diese Entgegnung nur scheinbaren Gehaltes. Ist es erlaubt, eine res vacuae possessionis an sich zu nehmen — was z. B. in der Lehre über Findung der Sachen sich zeigt [5]) — so ist nicht das jus retentionis die zur Apprehension befugende causa, sondern eben die Erlaubtheit der Ergreifung besitzerloser Sachen; bestände diese nicht, so würde nimmermehr das jus retentionis in solchen Fällen die Besitzergreifung zulässig machen.

2) *Schmidius* l. l. §. 24. 41. *Lauterbach* l. l. §. 9.

3) *Schmidius* l. l. §. 31. *Muhlpfort* (Straach) l. l. th. 23. Not. γ. δ. ε.

4) *Georg. Melch. de Ludolf* part. III. observ. 297. pag. 504. 10. Georg Estor deutsche Rechtsgelahrtheit Th. II. §. 3086. Meine Abhandlung über Fundriebstahl im Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. Jahrgg. 1834. Stck. 2. S. 241 ff.

5) Archiv des Criminalrechts a. a. O. u. S. 236.

Es geht demnach auch hier der retentio eine von ihr unabhängige causa possessionis voraus. Selbſt das voluntate conſtituirte Retentionsrecht, bei welchem freilich an der geſetzlichen Eigenthümlichkeit des jus ret. willkührlich geändert werden kann, iſt keine Ausnahme dieſer Sätze; die voluntas iſt die causa praecedens und die Hingabe der Sache, alſo die detentio wird auch hier immer der retentio vorangehen; ferner, wenn das jus retentionis nicht exiſtirte oder ſofort nach der Hingabe ſich erledigen ſollte, würde die detentio als dem detentor nicht mehr gehörig ſich darſtellen. Man vermenge nur nicht die retentio mit detentio; die letztere muß vorhanden ſeyn, ehe die erſtere in das Leben treten kann. Der Retinent, als ſolcher, hat, wie wir in der Folge ſehen werden, nicht einmal ein Recht auf Wiedererlangung des verlorenen, alſo gehabten Beſitzes für den Zweck des Retentionsrechtes; um ſo weniger kann das jus retentionis, welches noch nicht einmal in das Leben getreten war, a priori ein Recht auf Ergreifung des Beſitzes gewähren. Jede ſolche Beſitzergreifung würde widerrechtlich ſeyn. Es rundet demnach der hier beſprochene Grundſatz die im §. 23. 24. vorgetragenen Lehrſätze völlig ab, indem er über die Art der vorwurfsfreien Entſtehung des Retentionsbeſitzes Licht verbreitet.

Eine zweite ſehr gewichtige Bedeutung unſeres Grundſatzes iſt diejenige, in welcher wir ihn ſchon oben §. 4. nach Note 22. kennen lernten. Wir ſahen: wer aus einem andern Rechtsverhältniſſe ſchon zu retiniren befugt iſt, übt hierbei nicht unſer jus retentionis aus; unſer jus retentionis iſt ſelbſt ſeine eigene Hülfe und Begründung, aus andern Verträgen und Rechten wird es nicht fundirt.

§. 26.

3) Die zum Retentionsrechte geeignete Sache.

a) Eine dem Commerz unterworfene Sache.

Das hinſichtlich der Frage nach der zum Retentionsrechte geeigneten Sache leitende Princip iſt, wie ſich aus der Natur des Retentionsrechtes und deſſen Requiſite des Beſitzes conſequent

ergiebt: „Alles kann Gegenstand des Retentionsrechtes seyn, was besessen werden kann und darf.“ Häufig mischt man hier Beurtheilungen ein[1]), welche offenbar hieher gar nicht gehören; man fragt z. B. hier schon, ob res depositae, commodatae u. a. dem jus retentionis unterworfen seyen. Es fällt gedoch gewiß Jedem in die Augen, daß solche Untersuchungen hier, wo wir blos auf die sachliche Eigenthümlichkeit der res, nicht auf den Grund der Entstehung des Besitzes an derselben zu sehen haben, nicht am Orte sind. Ist auch eine Sache als depositum dem jus retentionis nicht unterworfen, so ist sie doch als Sache deshalb für ein solches Recht geeignet, sobald nur ihre detentio eine andere Entstehung, als die aus dem Depositalvertrage, haben wird. Später wird eine viel geeignetere Stelle seyn, solche Fragen zu untersuchen.

Die Folge des obigen Princips ist: die zu dem Retentionsrechte geeignete Sache muß dem Verkehr unterworfen seyn[2]); es können darum nicht retinirt werden der freie Mensch, *res publicae* und *communes*, *res sacrae* und *religiosae*[3]), alle verbotenen Dinge, welche kein Bürger besitzen darf und überhaupt diejenigen Gegenstände, deren Rückhaltung dem öffentlichen Wohle widerstrebt[4]). Es bedarf hier nicht

1) *Richter* l. l. thes. XVI. sec. fin. *Lauterbach* l. l. §. 24. *Meusel* (Romanus) l. l. th 26. spricht schon unser Princip aus: Objectum juris retentionis uno verbo est res omnis, cujus possessionem quis habet.

2) l. 1. §. 2. D. quae res pign. vel. hypoth. datae. 20, 3. col. lege 25. D. de pignor. 20, 1. S. oben §. 13. — *Conrad Wilhelm Strecker* diss. de eo quod justam est circa jus retentionis. §. 24. — l. 23. §. 2. l. 30. §. 1. d. o. v. a. p. 41, 2. — l. 6. Cod. de sepulchro violato. 9, 19. *Lauterbach* l. l. §. 24. num. 7. 8. 9. *Tafelius* §. 7. *Schnorr* §. 9. *Ranft* l. l. §. 4. v. *Savigny* Beſitz. §. 9. S. 110. *Rivinus* enunciata juris ed. tit. 42. eo. 25. S. 1634. sq.

3) v. *Savigny* a. a. O. S. 111. 112.

4) l. 4. §. 1. D. fam. ercisc. 10, 2. — l. 49. §. 2. D. de leget. II. — l. 62. D. de o. r. d. 41, 1. — l. 3. in f. D. de vacat. et excus. mun. 50, 5. — Tit. Cod. quae res venire non possunt et qui vendere vel emere vetantur. 4, 40. u. Tit. Cod. quae res exportari non debeant. 4, 41. Die

der Aufzählung aller einzelnen aus ſolchen Gründen ausgeſchloſſenen Sachen. Die Lehre über Sachen überhebt uns deſſen. Die in den Noten 3 u. 4 citirten Schriftſteller, ganz beſonders Mühlenbruch a. a. O. ſind hinreichend ausführlich. Ich erwähne hier nur der beſondern ſehr practiſchen Fälle noch, daß zum Lebensbedarf nöthige Alimente — nach l. 8. inf. D. 34, 1. — l. 3. Cod. de comp. 4, 31. und den Citaten in Not. 4 in fin. weil ſie als Leben fördernd in dieſer Beziehung für dem Verkehr entzogen gelten, und darum hinſichtlich ihrer ein Schluß von Compenſation auf Retention ſtatthaft iſt, — ferner *acta publica* nach obigem Principe dem Retentionsrechte nicht unterliegen [a]).

§. 27.

b) res corporalis, incorporalis, mobilis, immobilis, singularis, universalis, fungibilis, non fungibilis.

Als zu beſitzende Dinge nun ſind dem Retentionsrechte unterworfen: bewegliche wie unbewegliche und ſich bewegende [1])

---

baut Syſt. §. 168. v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 110—114, Mühlenbruch Lehrb. §. 213—219. Sintenis Pfandrecht §. 12—15. l. 8. in fin. D. de aliment. et cibar. legat. 34, 1. — l. 3. Cod. de compensat. 4, 31. *Carpzov* P. I. Const. VIII. def. 9. *Ant. Faber* in Cod. Lib. IV. tit. 23. def. 7. nom. 1. *Zanger* de except. p. III. cap. 6. num. 10. Glück Com. Bd. 28. S. 290. Not. 58. *Schotten* (Ludekiog) l. l. §. 22.

b) l. 51. §. ult. vers. multa notem. D. ad Leg. aquil. 9, 2. *Cramer* obs. jur. univ. Tom. I. obs. 305. *Lauterbach* l. l. §. 24. num. 8. *Carpzov* P. II. Const. 25. def. 23. n. 5 u. 6. Glück Com. Bd. 15. S. 126. Not. 54. u. Bd. 5. S. 126 sq. Not. 59. *Treppanneger* de retentione actorum etc. §. 25, 33. *Rivinus* enuociata juris. ad tit. II. eo. 14. pag. 48 sq. *Melichius* diss. de sportulis aph. 23. *Schotten* l. l.

1) l. 2. pr. D. de lege Rhod. de jactu. 14, 2. — l. 6. 7. §. 2. l. 9. pr. §. 3. D. de damn. inf. 39, 2. — l. 8. D. de incendio. 47, 9. — l. 48. D. de rei vind. 6, 1. — l. 11. Cod. de rei vind. 3, 32. — l. 13. pr. D. de pign. 20, 1. — l. 4. §. 9. D. de dol. mal. exc. 44, 4. — l. 26. §. 4. D. de cond. ind. 12, 6. Faſelius a. a. O. §. 7. *Mollgnatus* l. l. qu. 19.

einzelne Sachen, wie eine sowohl factische als rechtliche Gesamtheit [2]) von Sachen, körperliche und unkörperliche [3]), fungibile und nicht fungibile Dinge, selbst verzehrbare, auch (arg. c. 1 in fin. X. de in integrum restitutione 1, 41.) Kirchengüter und Lehngüter, wie Allodialgüter [4]). Der Beweis für alles Dieses liegt in den allgemein nur von Sachen, die besessen werden können, redenden Gesetzen über jus retentionis. Dafür daß fungibile und selbst verzehrbare Sachen Gegenstand des Retentionsrechtes seyn dürfen, haben wir in lege un. Cod. etiam ob chirograph. pec. 8, 27. verglichen mit l. 9. §. 1. D. de pignor. 20, 1 u. l. 1. §. 2. D. quae res pign. 20, 3. einen um so gewichtigeren gesetzlichen Beleg, als derselbe die Befugniß dazu nicht aus einem einzelnen Falle der Anwendung erkennen läßt, sondern im Allgemeinen andeutet. Nach l. un Cod. cit. soll nehmlich der Pfandgläubiger auch wegen im Pfandneru nicht begriffener Foderungen ein jus retentionis an dem Pfandobjecte haben. Aus l. 9. §. 1. u. l. 1. §. 2. D. citt. aber folgt, daß vertretbare und verzehrbare Dinge Gegenstand des Pfandrechtes [5]), folglich auch des jus retentionis seyn dürfen. Ebenso hat ja der Verpachter eines Landgutes an den auf diesem gewachsenen Früchten, die regelmäßig res fungibiles und verzehrbare seyn werden, ein Pfandrecht und auch das Retentionsrecht [6]), welches l. un C. cit. ertheilt. (S. oben §. 71.).

2) l. 13. pr. D. de pign. 20, 1. — l. 17. D. de hered. pet. 5, 3. — l. 5. pr. §. 1. 2. de impens. in res dot. 25, 1. — l. 56 §. ult. D. de jure dot. 23, 3. — l. 5. D. de dote praeleg. 33, 4 — l. 15. § 1. l. 34. D. de pignor. 20, 1. — l. 2 Cod. eod. 8, 14. — S. oben §. 13. Faselius a. a. O. §. 7. Not. d — *Ranfft* l. l. §. 4.

3) Siehe oben §. 22. l. 3. §. 17. de vi et vi arm. 43, 16. *Koenig* l. l. §. 14. *Molignatus* l. l. 270.

4) *Ranfft* l. l. 4. Man vergl. überall hieher *Molignatus* l. l. qu. 285 u. 417. auch 48 u. 50. *Koenig* l. l. §. 14. wo ein reiches Register der zu retinirenden Sachen sich befindet: auch *Muhlpfort* (Strauch) l. l. ch. 20.

5) v. Wening Ingenheim Lehrb. II. §. 127. Mühlenbruch Lehrb. §. 305. col. §. 220. lit. c. Thibaut Syst. §. 791. Mackeldey Lehrb. §. 305. prino.

6) Meißner Lehre v. stillschweigendem Pfandrechte §. 42. num. I. 1) u. 2) §. 45. 47. 67. 71. 74.

der Aufzählung aller einzelnen aus ſolchen Gründen ausgeſchloſſenen Sachen. Die Lehre über Sachen überhebt uns deſſen. Die in den Noten 3 u. 4 citirten Schriftſteller, ganz beſonders Mühlenbruch a. a. O. ſind hinreichend ausführlich. Ich erwähne hier nur der beſondern ſehr practiſchen Fälle noch, daß zum Lebensbedarf nöthige Alimente — nach l. 8. inf. D. 34, 1. — l. 3. Cod. de comp. 4, 31. und den Citaten in Not. 4 in fin. weil ſie als Leben fördernd in dieſer Beziehung für dem Verkehr entzogen gelten, und darum hinſichtlich ihrer ein Schluß von Compenſation auf Retention ſtatthaft iſt, — ſeener *acta publica* nach obigem Principe dem Retentionsrechte nicht unterliegen [a]).

§. 27.

b) res corporalis, incorporalis, mobilis, immobilis, singularis, universalis, fungibilis, non fungibilis.

Als zu beſitzende Dinge nun ſind dem Retentionsrechte unterworfen: bewegliche wie unbewegliche und ſich bewegende [1])

---

baut Syſt. §. 168. v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 110—114, Mühlenbruch Lehrb. §. 213—219. Sintenis Pfandrecht §. 12—15. l. 8. in fin. D. de aliment. et cibar. legat. 34, 1. — l. 3. Cod. de compensat. 4, 31. *Carpzov* P. I. Const. VIII. def. 9. *Ant.-Faber* in Cod. Lib. IV. tit. 23. def. 7. num. 1. *Zanger* de except. p. III. cap. 6. nom. 10. Glück Com. Bd. 28. S. 290. Not. 58. *Schotten* (Lodeking) l. l. §. 22.

b) l. 51. §. ult. vers. multo autem. D. ad Legi. aquil. 9, 2. *Cramer* obs. jur. univ. Tom. I. obs. 305. *Lauterbach* l. l. §. 24. num. 8. *Carpzov* P. II. Const. 25. def. 23. n. 5 u. 6. Glück Com. Bd. 15. S. 126. Not. 54. u. Bd. 5. S. 126 sq. Not. 59. *Treppanneger* de retentione actorum etc. §. 25, 33. *Rivinus* enunciata juris. ad tit. II. en. 14. pag. 48 sq. *Melchius* diss. de sportulis oph. 23. *Schotten* l. l.

1) l. 2. pr. D. de lege Rhod. de jactu. 14, 2. — l. 6. 7. §. 2. l. 9. pr. §. 3. D. de damn. inf. 39, 2. — l. 8. D. de incendio. 47, 9. — l. 48. D. de rei vind. 6, 1. — l. 11. Cod. de rei vind. 3, 32. — l. 13. pr. D. de pign. 20, 1. — l. 4. §. 9. D. de dol. mal. exc. 44, 4. — l. 26. §. 4. D. de cond. ind. 12, 6. Fuſelius a. a. O. §. 7. *Malignatus* l. l. qu. 19.

einzelne Sachen, wie eine sowohl factische als rechtliche Gesamtheit [2]) von Sachen, körperliche und unkörperliche [3]), fungibile und nicht fungibile Dinge, selbst verzehrbare, auch (arg. c. 1 in fin. X. de in integrum restitutione 1, 41.) Kirchengüter und Lehngüter, wie Allodialgüter [4]). Der Beweis für alles Dieses liegt in den allgemein nur von Sachen, die besessen werden können, redenden Gesetzen über jus retentionis. Dafür daß fungibile und selbst verzehrbare Sachen Gegenstand des Retentionsrechtes seyn dürfen, haben wir in lege un. Cod. etiam ob chirograph. pec. 8, 27. verglichen mit l. 9. §. 1. D. de pignor. 20, 1 u. l. 1. §. 2. D. quae res pign. 20, 3. einen um so gewichtigeren gesetzlichen Beleg, als derselbe die Befugniß dazu nicht aus einem einzelnen Falle der Anwendung erkennen läßt, sondern im Allgemeinen andeutet. Nach l. un Cod. cit. soll nehmlich der Pfandgläubiger auch wegen im Pfandnexu nicht begriffener Foderungen ein jus retentionis an dem Pfandobjecte haben. Aus l. 9. §. 1. u. l. 1. §. 2. D. citt. aber folgt, daß vertretbare und verzehrbare Dinge Gegenstand des Pfandrechtes [5]), folglich auch des jus retentionis seyn dürfen. Ebenso hat ja der Verpachter eines Landgutes an den auf diesem gewachsenen Früchten, die regelmäßig res fungibiles und verzehrbare seyn werden, ein Pfandrecht und auch das Retentionsrecht [6]), welches l. un C. cit. ertheilt. (S. oben §. 71.).

2) l. 13. pr. D. de pign. 20, 1. — l. 17. D. de hered. pet. 5, 3. — l. 5. pr. §. 1. 2. de impens. in res dot. 25, 1. — l. 56. §. ult. D. de jure dot. 23, 3. — l. 5. D. de dote praeleg. 33, 4. — l. 15. §. 1. l. 34. D. de pignor. 20, 1. — l. 2 Cod. eod. 8, 14. — S. oben §. 13. Faselius a. a. O. §. 7. Not. d. — *Ranft* l. l. §. 4.

3) Siehe oben §. 22. l. 3. §. 17. de vi et vi arm. 43, 16. *Koenig* l. l. §. 14. *Mohgnatus* l. l. 270.

4) *Ranft* l. l. 4. Man vergl. überall hiehin *Mohgnatus* l. l. qu. 285 u. 417. auch 48 u. 50. *Koenig* l. l. §. 14. wo ein reiches Register der zu retinirenden Sachen sich befindet: auch *Mühlpfort* (Strauch) l. l. th. 20.

5) v. Wening Ingenheim Lehrb. II. §. 127. Mühlenbruch Lehrb. §. 305. col. §. 220. lit. c. Thibaut Syst. §. 791. Mackeldey Lehrb. §. 305. princ.

6) Meißner Lehre v. stillschweigendem Pfandrechte §. 42. num. I. 1) u. 2) §. 45. 47. 67. 71. 74.

§. 28.

c) Eine dem Retentionsgegner gehörige Sache.

Es ist nicht richtig, zu fodern, die res retinenda müsse eine res aliena, oder eine dem Retentionsgegner (s. §. 35.) eigenthümlich gehörige Sache seyn, da es Fälle geben kann, in denen die Sache, woran man das Retentionsrecht ausübt, dem Retinenten selbst, oder einem Andern als demjenigen, gegen welchen sie retinirt wird, eigenthümlich gehört. Als Beispiel eines Retentionsrechtes an eigener Sache nennt man [1]) gewöhnlich arg. leg. 13. §. 8. D. de act. emt. ven. 19, 1. den Fall, wenn der Verkäufer das Verkaufobject wegen nicht bezahlten Kaufpreises zurückhält. Daß dieser Fall kein Fall eines eigentlichen Retentionsrechtes sey, zeigten wir schon oben. M. sehe §. 4. bei Note 1 und 2. Lauterbach und Stryk [2]) nennt mit Andern als ferneres Beispiel den Retentionsfall in l. 26. §. 4. D. de cond. indeb. 12, 6.; hiergegen läßt sich nur das Bedenken erregen, ob nicht das Eigenthumsrecht des Retinenten dort schon durch die condictio indebiti als rescindirt zu betrachten sey. *Stryk* führt an derselben Stelle §. 14. noch den Fall bei der actio redhibitoria an, wenn der Käufer die zurückzugebende Sache arg. l. 23. §. 1. 7. u. l. 29. §. 3. D. de aedil. edicto 21, 1. wegen durch sie gehabter Schäden und auf sie gemachter Aufwände bis zu deren Vergütung retinirt. Gegen dieses Beispiel hege ich jedoch ein ähnliches Bedenken, wie gegen das aus l. 26. §. 4. D. de cond. ind. 12, 6., es fragt sich nehmlich, ob nicht das Eigenthumsrecht des Retinenten hier ebenfalls schon als rescindirt anzusehen sey. Allein es giebt schlagendere Fälle. *Stryk* in der in Note 2. citirten Dissertation cap. II. §. 10. 11. 12. führt als einen solchen Fall den Fall bei dem Wiederkaufs-

1) *Lauterbach* l. l. §. 22. *Schmidius* l. l. §. 7. *Schnorr* l. l. §. 9. 11. III. *Schotten* (Ludeking) l. l. §. 2. S. 6. Faselius a. a. O. §. 7. Ret. c. Glück Com. Bd. 15. S. 115. *Meusell* (Romanus) l. l. th. 21.

2) *Lauterbach* l. l. §. 22. *Stryk* diss. de possessione per cautionem non auferenda. cap. II. §. 13.

rechte an, wenn der Wiederverkäufer das Wiederkaufsobject bis zum Empfang des pretii oder der Erstattung der ihm zu vergütenden Impensen retinire, weil der Wiederverkäufer inzwischen der Eigenthümer der Sache bleibe. Die Retention wegen des pretii kann ich zwar ebensowenig hier, wie oben bei dem Verkäufer überhaupt als Beispiel gelten lassen, da der Wiederverkäufer in dieser Beziehung jedem Verkäufer gleich zu achten ist. Dagegen ist das jus retentionis wegen der Impensen allerdings ein gültiges Beispiel. Hat nehmlich der Verkäufer oder Wiederverkäufer, welcher das Kaufgeld nicht empfing und nicht creditirt hatte, mithin noch Eigenthümer der res vendita blieb [3]), auch nicht das jus retentionis wegen nicht bezahlten Kaufpreises, so hat er dasselbe doch dem Käufer oder Wiederkäufer gegenüber wegen derjenigen Aufwände, die er, während der Zeit nach dem Kaufabschlusse bis zur Herausgabe der Sache an den Käufer oder Wiederkäufer, auf die Sache hat machen müssen, und die ihm der Käufer ersetzen muß [4]). Man kann nicht entgegnen, er bedürfe in einem solchen Falle, wo er schon wegen nicht gezahlten nicht creditirten Kaufpreises die Sache nicht herauszugeben brauche, dieses jus retentionis als Schutzmittel gar nicht. Sollte er es auch nicht bedürfen, so folgt hieraus doch nicht dessen Unzuständigkeit. Schützt der verklagte Verkäufer ein solches unter andern Schutzmitteln auch mit vor, so wird man es, als ihm nicht gehörig, nicht zurückweisen können. Die Ersatzforderung gründet sich auf ein und dasselbe Rechtsverhältniß und ist auch sonst als Aufwand

3) §. 41. Inst. de rer. div. 2, 1. — l. 11. §. 2. D. de act. emt. 19, 1. — l. 19, 53. D. de contr. emt. 18, 1. — l. 5. §. 18 D. 14, 4. Heise und Cropp jurist. Abhandl. B. 1. Nr. 21.

4) l. 13. §. 22. l. 32. §. 1. D. de act. emt. 19, 1. — l. 16. Cod. ibid. 4, 49. Thibaut Syst. §. 616. v. Wening Ingenheim Lehrb. III. §. 273. *Stryk* l. l. §. 12. *Berlich* p. 2. concl. 41. n. 40 sq. *Tiraquellus* de retract. convent. §. 7. gl. 1. n. 2 sq. *Struvius* syntagma jurisprud. exerc. 23. §. 45. 63. *Gail* Lib. II. Obs. 19. *Car. Aug. Schlockwerder* an et quatenus jus retentionis in retractu ob meliorationes fundi locum sibi vindicet. Witeberg. 1790. S. III sq. Glück Com. Bd. 16. S. 221.

auf die Sache mit der res vendita conner, begründet alſo an dieſer entſchieden ein Retentionsrecht gegen den Käufer, obgleich die res vendita dem Verkäufer zur Zeit noch eigenthümlich gehört. — Einen andern Fall des Retentionsrechtes an der eigenen Sache vermag das Miethvertragsverhältniß zu bieten. Die res locata, als des Vermiethers Eigenthum, muß von dieſem an den Miether zum Miethgebrauch herausgegeben werden. Man ſtelle nun den Fall, daß der Miether ſchon vor dem Ende der Miethzeit durch ſeinen Miethgebrauch dem Vermiether Schaden zufügt, den er ihm den Rechten nach [5]) erſetzen muß, und ein Zufall oder ſonſt eine ganz gerechte causa führt dem Vermiether den Beſitz der Sache inzwiſchen wieder zu (das vermiethete, dem Miether entlaufene, Pferd iſt etwa dem Vermiether mit durch den Miether ſchuldhaft ruinirtem Sattel und Zeuge von ſelbſt wieder zugelaufen); in dieſem Falle darf der Vermiether, zur Rückgabe der res locata von dem Miether aufgefodert, dieſe res jure retentionis mindeſtens ſo lange rückhalten, bis ihm der Miether den Schaden vergütet hat, denn die Erſatzfoderung baſirt ſich auf ein gleiches Rechtsverhältniß, die Miethvertragspflichten, aus denen der Miether auf Ueberlaſſung der res locata dringt, iſt demnach conner und zur Begründung des jus retentionis qualificirt. Ein recht ſchlagendes Beiſpiel eines Retentionsrechtes an eigener Sache endlich enthält l. 13. pr. D. de usufructu 7, 1. welche dem Eigenthümer der zum Nießbrauch dienenden Sache das Recht giebt, dieſe Sache ſo lange zu retiniren, bis der Ufufructuar die cautio usufructuaria geleiſtet hat [6]). (S. oben §. 63. lit. h.). —

Fälle des Retentionsrechtes, in welchen die res retenta einem Andern eigenthümlich gehört, als demjenigen, gegen welchen ſie retinirt wird, bieten z. B. Afterpfand- und Aftermiethverhältniſſe. Sowohl der Afterpfandgläubiger hat gegen ſeinen Verpfänder, den Afterverpfänder, als auch der Aftermie-

5) v. Wening Ingenheim Lehrb. III. §. 159.

6) Glück Com. Bd. 9. S. 488. v. Wening Ingenheim Lehrb. II. §. 90. Thibaut Syſt. §. 766.

ther gegen seinen Vermiether, den Aftervermiether, dieselben Retentionsrechte, welche dem ersten Pfandgläubiger gegen den ersten Verpfänder und dem ersten Miether gegen den ersten Vermiether rechtlich zustehen, und welche wir später ausführlicher berühren werden. Denn zwischen den Aftergläubigern und Afterschuldnern treten dieselben Rechtsverhältnisse ein, welche zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner und zwischen dem Miether und Vermiether überhaupt Platz greifen [7]).

Aus diesem Allen geht hervor, daß die res retinenda weder eine aliena, noch eine adversario propria zu seyn braucht; es ist hinreichend, wenn sie eine solche ist, auf deren Herausgabe der Retentionsgegner Rechte hat, die ihm also zukommen müßte, wenn das Retentionsrecht sie ihm nicht vorenthielte. Man bezeichnet dieselbe demnach am richtigsten als eine dem Retentionsgegner (s. §. 35.) gehörige, *alteri debita* [8]), wenn man den Beisatz „gehörige, debita" nur nicht lediglich vom „eigenthümlich gehörig" versteht, wozu das Wort selbst nicht nöthigt. Meine eigene Sache, auf deren Herausgabe ein Anderer keine Rechte hat, kann ich begreiflich nicht retiniren.

§. 29.

Fortsetzung.

Können Sachen eines Dritten retinirt werden?

Da das Retentionsrecht zu Gunsten einer Foderung gegen einen Andern in Wirkung tritt, so bestimmt sich der Begriff der Sache eines Dritten hienach dahin, daß man darunter diejenige Sache versteht, welche dem nicht gehört, gegen welchen

7) Man vergleiche hieher v. Weuling Ingenheim Lehrb. III. §. 156. Schweppe röm. Privatr. §. 340. Westphal vom Kauf-, Mieth- und Pachtcontract. §. 909. 910. Glück Com. Bd. 17. S. 311 sq. u. 496. Not. 45. u. Bd. 18. S. 55 sq. Meißner v. stillschw. Pfandrechte §. 64. col. §. 47. u. 42. I. 1). 2). *Molignatus* l. l. qu. 79. 117. 134. 280.

8) *Boehmer* l. l. §. 1. *Ranft* §. 4. *Schmidius* l. l. §. 7. princ. *Koenig* (Reusner) l. l. §. 22. in fin. fodert arg. §. 30. Inst. de rer. div. 2, 1. — l. 40. §. sin. D. de pign. act. 13, 7. — l. 9. D. de rei vind. 6, 1. daß der Retentionsgegner dominium rei *vel* jus in re haben müsse.

jene Foderung besteht. Es folgt hieraus weiter, daß die Retention der Sache eines Dritten dem Zwecke des Retentionsrechts regelmäßig nicht dienen könne, weil die Rückhaltung einer solchen Sache den Schuldner des Retinenten nicht trifft, folglich nicht zur Sicherung der Foderung wirken kann und nicht zum Impuls der Zahlung werden wird; auch muß eine solche Retention als widerrechtlich sich darstellen, da zwischen dem Retinenten und dem Dritten kein den erstern zum Retentionsrechte befugendes Verhältniß statt findet. Die Regel also ist: **Sachen eines Dritten sind nicht Gegenstand des Retentionsrechtes**[1]).

Von dieser Regel wird nur das durch Testament oder Vertrag verwilligte Retentionsrecht Ausnahmen liefern. Wenn nehmlich ein Dritter, also ein Anderer, als der Schuldner der Foderung, für welche retinirt wird, dem Gläubiger an der ihm, dem Dritten, gehörigen Sache so lange ein jus retentionis bestellt, bis jener Schuldner bezahlt hat, so steht dann dem Gläubiger allerdings an dieser Sache des fraglichen Dritten ein Retentionsrecht zu. Weitere Ausnahmen von jener Regel kann ich nicht für zuläſſig halten.

v. **Wening Ingenheim**[2]) lehrt zwar: „Sachen eines Dritten könnten dann retinirt werden, wo und insoweit der Dritte wegen eines besondern Verhältnisses zu dem wahren Schuldner die Restitution der Sache nicht verlangen könne, wie z. B. in dem Falle weiterer Verpfändung von Seiten des Creditors." Allein in solchen Fällen wird das jus retentionis nur gegen den wahren

1) l. 6. Cod. si aliena res pignori data. 8, 16. — l. 2. 4. 6. 8. Cod. ibid. — l. 2. D. de pignor. act. 13, 7. — l. 15. §. 1. D. de pignor. 20, 1. — l. ult. Cod. de pactis. 2, 3. — l. 23. D. de probationibus. 22, 3. *Koenig* (Reusner) l. l. §. 14. in fin. Glück Com. Bd. 18. S. 200. Es fällt von selbst nach den oben §. 11 bis 13. incl. entwickelten Grundsätzen in die Augen, daß hier wie in dem später beurtheilten Falle der l. 5. §. 12. D. commod. 18, 6. von den Grundsätzen über Pfandrecht auf Retentionsrecht analoge Anwendung zuläſſig sey.

2) v. **Wening Ingenheim** Lehrb. I. §. 169. in fine. u. Not. o. edit. III.

Schuldner, den das Pfand weiter verpfändet habenden Creditor des tertii, ausgeübt; nur gegen diesen Creditor, welcher der debitor des Retinenten ist, wird die Sache jure retentionis rückgehalten, gegen den tertius, den debitor pignoratitius des genannten Creditors, aber retinirt der Retinent nur aus dem von seinem debitor abgeleiteten, überlassen erhaltenen Pfandrechte des letzteen gegen den tertius. Tritt der tertius mit der rei vindicatio gegen den Retinenten auf, so vermag das jus retentionis, als res inter alios acta, welche den tertius zu nichts verpflichtet, den Retinenten nicht zu vertheidigen; allein er schützt dem Cessionare gleich, als Stellvertreter des creditor pignoratitius des Vindicanten, die exceptio ejus contractus pignoratitii vor, welchen der Vindicant mit dem autor des Beklagten geschlossen hatte. Dieser Vertrag hatte dem genannten autor die Befugniß der Weiterverpfändung constituirt, welche dem Vindicanten solange das Recht der Rückfoderung der Sache entzieht, bis er seine Schuld, deren Bestehen die Fortdauer des weiterverpfändeten Pfandrechts bedingt, getilgt hat; und bis auf diese Zeit wird auch diese exceptio contractus pignoratitii, nicht also die exceptio juris retentionis, die rei vindicatio abweisen. Bei solcher Rechtslage kann nun aber nicht gesagt werden, das jus retentionis werde an der Sache eines Dritten ausgeübt; wider den tertius wird nur der Besitz der Sache aus andeen zu Gebote stehenden Verhältnissen vertheidigt, nicht aber wahrhaft retinirt. Diesem Falle ist der von Glück Com. Bd. 15. S. 116. princ. erwähnte, auf l. 5. §. 12. D. commod. 18, 6. sich stützende, zu vergleichen. Denn nicht das jus retentionis, sondeen andere aus dem Verhältnisse zwischen dem Dritten und dem Schuldner des Retinenten herzuleitende Einreden werden die Foderung des Dritten, mit dessen Willen die Sache zur Retention gegeben wurde, zurückweisen. Gegen den Dritten wird auch hier das jus retentionis nicht ausgeübt; er gab nur zur Ausübung desselben gegen den Schuldner die Sache her. Hierher gehören auch die nach l. 20. pr. D. de pignor. act. 13, 7. — l. 16. §. 1. D. de pignor. 20, 1. l. 7. Cod. si al. res

pign. 8, 16. — l. 26. §. D. de pignor. 20, 1. u. l. 2. inf. Cod. si al. res pign. 8, 16. anzunehmenden Fälle der ſpätern und ſtillſchweigenden oder wegen dolofen Schweigens zur Strafe fingirten Genehmigung der Retention von Seiten des Dritten [3]). Wollte man die Lehre des v. Wening Ingenheim noch von den Fällen verſtehen, worin der tertius alle facta des wahren Schuldners anerkennen muß, ſo würde man wieder fehl gehen; denn dann wäre der tertius ein successor des Schuldners in deſſen Pflichten, mithin dem Retinenten gegenüber kein tertius mehr.

Soll man ferner die Lehre von Sintenis [4]): „dritte Perſonen außer dem Schuldner, der zugleich Eigenthümer der innebehaltenen Sache iſt, können nur inſofern durch die Innebehaltung berührt werden, als ſie, als Eigenthümer, in Folge eines beſondern Verhältniſſes zum wahren Schuldner, die Herausgabe der Sache nicht verlangen können, z. B. wenn Sempronius die Sache an Titius verpfändet, und dieſer unbefugt an Cajus ſie verkauft, ſo kann Cajus auch wegen des Titius Verwendungen auf die Sache dieſe gegen Sempronius zurückbehalten," hieher ziehen und ſie von der Behauptung der Zuſtändigkeit des Retentionsrechts an der Sache eines Dritten verſtehen (wozu man verleitet werden möchte, weil dieſe Lehre mit der des v. Wening Ingenheim ſo ähnlich lautet): ſo wird man auch hier leicht erkennen, daß in dem von Sintenis zur Erläuterung ſeines Satzes beigegebenen Beiſpiele keineswegs die Frage iſt von der retentio einer *res tertii*, ſondern von dem jus retentionis wegen der Foderung eines Dritten. Die res retenta iſt hier, ſobald Cajus wegen der Foderung des Titius retiniren darf, in Bezug auf Cajus und Sempronius keine res tertii, vielmehr eine dem Schuldner der Foderung, für welche retinirt wird, gehörige Sache.

---

3) Sintenis Pfandrecht §. 16. S. 83. 84. Schweppe §. 340.
4) Sintenis Pfandrecht §. 5. S. 24.

§. 30.

Fortsetzung.

Das Retentionsrecht an der Sache eines Dritten, wovon der Schuldner des Retinenten später Eigenthümer wird.

Entstand das Retentionsrecht an der Sache eines Dritten zu einer Zeit, zu welcher der Schuldner des Retinenten zwar noch nicht Eigenthümer der Sache war, aber auf dieselbe aus andern Verhältnissen schon Rechte erworben hatte, z. B. aus einem Kaufvertrage (s. §. 28. Not. 3.), so kann vorerst entschieden mit Recht gegen den Schuldner das jus retentionis ausgeübt werden, sobald er das Eigenthum an der Sache erlangte [1]); denn es liegt ja dann nur der gewöhnliche Fall eines jus retentionis an der dem Retentionsgegner gehörigen Sache in Frage. Ich behaupte jedoch ferner, daß gegen den Schuldner des Retinenten schon zur Zeit, wo er das Eigenthum an der Sache noch nicht erlangt, aber doch schon Rechte auf dasselbe erworben hatte, das jus retentionis zustehe, da ihm gegenüber die Sache doch schon als eine res ei debita [2]) erscheint, und nach §. 28. für das Retentionsrecht eine res propria des Schuldners nicht absolut erfodert wird.

Hatte der Schuldner zur Zeit der Entstehung der Retention auf Seiten des Gläubigers noch keine Rechte auf die Sache, erwarb er dieselbe vielmehr erst später, so ist das Retentionsrecht wiederum von dem Zeitpuncte dieses Erwerbes an, als ein ganz gewöhnliches, bei dem es sich um eine res tertii gar nicht fragt, gegen den Schuldner ohne Unterschied, ob er bei der Besitznahme der Sache vom Gläubiger, deren Beschaffenheit als eine res tertii kannte, oder nicht, zuständig, wie klare Gesetzesworte entschieden anerkennen [3]); allein in diesem Falle findet begreiflich früher

1) l. 3. §. 1. D. qui potior in pignore. 20, 4. Man vergleiche hieher Sintenis Pfandrecht §. 16. S. 84 sq. Mühlenbruch Lehrb. §. 308. Nr. 3) 4). Grundsätze, welche analoge Schlüsse hieher zulassen.

2) l. 143. D. de verb. signif. „id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem; habetur enim, quod peti potest.“

3) l. 1. pr. D. de pigeor. 20, 1. daß der Ausdruck „difficilius“ u.

vor dieſem Erwerbe das jus retentionis weder gegen den Schuldner, noch gegen den dritten Eigenthümer der Sache ſtatt, und zwar ganz nach den im §. 29. entwickelten Grundſätzen.

§. 31.

d) Muß die Sache Sicherheit zu gewähren geeignet ſeyn? Muß ſie in einem Werthsverhältniſſe zur Größe der Foderung ſtehen?

Die Anſicht mehrerer Rechtslehrer[1]), die Sache müſſe von ſolcher Beſchaffenheit ſeyn, daß ſie dem Zwecke der Sicherheitsgewährung zu dienen vermöge, gründet ſich weder auf ausdrückliche Geſetzbeſtimmungen, noch ſonſt auf haltbare Gründe. Man führt den Grund dafür an, die Retention würde ſonſt dem Retinenten zu nichts helfen. Allein was der Retinent damit erreichen wird, wenn er eine werthloſe Sache retinirt, kann ſein Recht zur Retention nicht bedingen. Zwiſchen den Bedingungen des Rechtes und deſſen Wirkungen iſt zu unterſcheiden; und nirgends iſt die Möglichkeit dieſer Wirkungen durch die res retenta zur Bedingung des Rechtes geſetzlich erhoben. Auch würde es kaum möglich ſeyn, mit Gewißheit zu ermeſſen, ob eine Sache die Zwecke der Retention zu fördern tauglich ſey, oder nicht. Das an ſich völlig Werthloſe kann dem Eigenthümer von hohem Werthe ſeyn, und er wird darum vielleicht mit der Zahlung ſeiner Schuld eilen, um die Sache auszulöſen. Der Zweck des Retentionsrechtes beſteht ja, wie wir unter deſſen Wirkungen §. 73. berühren werden, nicht blos in der reellen Sicherung des Werths der Foderung, ſondern vorzugsweiſe auch in der dadurch dem Schuldner zu gebenden Anregung zur Zahlung.

Eine zweite Frage, welche unterſucht, ob der Werth der zu retinirenden Sache in einem Verhältniſſe zur Größe der Foderung

---

„facilior“ in dieſer lex als einfach verneinend und bejahend einander gegenüberſtehen, darüber ſ. *Brissonius* de verb. signif. sub his vocabulis. Glück Com. Bd. 7. S. 560. u. Bd. 14. S. 30. Sintenis a. a. O. §. 16. S. 88.

1) *Schmidius* l. l. §. 6. Faſelius a. a. O. §. 7.

stehen müsse, für welche retinirt wird, wird auch verschieden von den Rechtslehrern beantwortet. Einige [2]) lehren: „hat man mehrere, von einander zu trennende Sachen in Besitz, von denen eine oder einige schon soviel werth sind, als die Foderung qu. beträgt, so darf man mehrere Sachen, als zur Sicherheit der Foderung hinreichend ist, nicht retiniren; hat man dagegen nur eine einzige Sache im Besitz, so kömmt darauf, daß diese vielleicht bei Weitem den Werth der Foderung übersteigt, nichts an, man darf sie vielmehr ohne Rücksicht auf jenes Werthsverhältniß zurückhalten." Eine andere Meinung ist [a]): „daß man nicht mehr zurückhalten dürfe, als zur Sicherheit nothwendig sey, sey zwar unrichtig, aber dann doch billig, wenn das Retentionsrecht selbst nicht ohne Zweifel sey!" Ich kann beiden Meinungen nicht beipflichten. Die erstere Meinung ist die Folge derselben oben berührten Ansicht, als bemesse sich das Recht zur Retention nach der Wirkung derselben für den Zweck der Sicherung der Foderung. Was Veranlassung eines rechtlichen Zustandes ist, ist noch nicht auch Maaßstab für das Recht dazu. Sodann ist ja die Sicherung der Foderung durch den Werth der res retenta nicht der alleinige Zweck des Retentionsrechtes; ein gewichtigerer Zweck desselben ist (s. §. 73.) die Anregung des Schuldners zur Zahlung, die in ihrer Kräftigkeit nur steigen wird, je mehr Sachen retinirt werden. Es tritt hinzu, daß kein Gesetz eine solche Schranke in der Ausübung der Retention, welche es unter übrigen zustimmenden Verhältnissen erlaubt, vorschreibt. Im Gegentheil sprechen die Gesetze ganz allgemein die Befugniß zum jus retentionis aus in Fällen, wo sie ganz besondere Veranlassung hatten, die Retention nur auf gleichen Betrag der res und der Foderung zu beschränken, wie z. B. in lege 21. D. ad S. C. Trebell. 36, 1. lege un. Cod. etiam ob chirograph. pe-

2) Faselius a. a. O. §. 8. Dabelow System. ed. II. §. 893. *Gail* Lib. II. obs. 92. n. 12. 13. *Schnorr* l. l. §. 10. *Kosnig* (Reusner) l. l. §. 30. *Colerus* de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 224. *Molignaeus* l. l. qu. 21.

3) Schweppe röm. Privatr. §. 183 d. S. 408.

cun. 8, 27. lege 2. princ. D, de lege Rhodia. 14, 2. lege 17. D. de hered. pet. 5, 3. lege 50. §. 1. D. ibid. u. a. m. Hier greift offenbar eine Analogie der Grundsätze bei dem Pfandrechte Platz; auch dieses dient zur Sicherung der Foderung. Kein Gesetz aber beschränkt das gesetzliche Pfandrecht auf ein billiges Verhältniß zwischen Foderung und Werth der verpfändeten Dinge. Die Ehefrau hat am ganzen Vermögen des Ehemannes wegen ihrer dos ein Pfandrecht, ihre dos mag so geringen Werthes und das Vermögen des Ehemannes noch so bedeutend seyn. Für 1 Thaler Miethgeldrückstand haften sämmtliche invecta und illata des Miethers, dieselben mögen noch so großen Werth haben; ja nach l. 19. D. de pignor. 20, 1. bleiben sämmtliche verpfändete Gegenstände verhaftet, bis der letzte Pfennig der Pfandschuld getilgt ist. Wie an diesen Grundsätzen die Liquidität oder Zweifelhaftigkeit des Retentionsrechtes nach Billigkeit etwas ändern soll, ist nicht abzusehen. Zweifel gegen das Recht werden nach dem Grundsatze „actor certus esse debet" der Ausübung des ganzen Rechtes hinderlich werden, denn jeder muß seines Rechtes gewiß seyn, wenn er es ausüben will. Was ich nicht ganz darf, darf ich deshalb nicht etwa mindestens zum Theil. Was ist wohl von der Meinung zu halten: weil es zweifelhaft ist, ob ich Dir 10 Thaler schuldig bin, darfst Du wenigstens 5 Thaler von mir fodern? Die Billigkeit vermag hier nichts zu unterstützen, da es höchst unbillig ist, einem unsichern zweifelhaften Rechte auch nur die mindeste Geltung zuzutheilen, und jemanden die zuständigen Rechte schon darum zu schmälern, weil ein Anderer sie nur mit zweifelhaften Ansprüchen verfolgt. —

Daß ich demnach beide Fragen unseres Paragraphrn verneine, ist das leicht zu entnehmende Ergebniß dieser Entgegnungen.

§. 32.

e) Unterliegen Sachen dem Retentionsrechte, welche dem Schuldner zum Lebensbedarfe oder Geschäfte unentbehrlich sind?

Mehrere Rechtslehrer [1]) nehmen Sachen, welche dem Schuld-

1) *Lauterbach* l. l. §. 24. num. 10. *Joh. Schneidewin.* in §. 7.

ner zum Geſchäfte und Lebensunterhalte unentbehrlich ſind, z. B. Bücher der Schüler und Studenten, Doctoren, Geiſtlichen, arma militum, Betten und Kleidungsſtücke, instrumenta rustica, das Handwerkszeug der Gewerbtreibenden, und andere bona privilegiata — von dem Rechte der Retention aus; ſie beziehen ſich dabei auf l. 6. 7. D. de pignor. 20, 1. — l. 5. pr. D. de her. pet. 5, 3. — l. 4. Cod. de execut. rei jud. 7, 53. — l. 40. D. de re jud. 42, 1. — l. 5 Cod. quae res pign. 8, 17. — l. 173. pr. D. de reg. jur. Allein die leges 5. pr. 4. 40. u. 173. pr. citt. ſprechen blos von durch den Richter zu nehmenden Rückſichten bei der Vollſtreckung rechtskräftiger Erkenntniſſe und ſonſt, im mindeſten aber nicht von dem gar ſehr davon verſchiedenen Retentionsrechte der Privaten. Daß dem Richter Schonung anempfohlen worden iſt und dem Schuldner die Competenz bei der Execution gelaſſen werden ſoll, begründet keinen Schluß auf den Umfang der Rechte der Privaten in ihrem außergerichtlichen Rechtsverkehre. Grundſätze für den Executor bei der Auswahl der Executionsobjecte können das dem Privaten nach Geſetz ausdrücklich zuſtehende Recht nicht ſchmälern; für den Executor iſt möglichſte Schonung des Schuldners ſeine Rechte bemeſſende Pflicht, für die Befugniſſe des Privaten aber iſt der Umfang des erworbenen Rechtes der Maßſtab für das Erlaubte. Die leges 6. 7. D. citt. beſtimmen, was nach der wahrſcheinlichen Meinung der Contrahenten in der obligatio generali rerum, quas quis habuit habiturusve sit, begriffen ſey, und ſchließen darnach die zum Lebensunterhalte erfoderlichen Dinge aus. Was der Contrahenten Wille nicht verpfändet hat, darf freilich nicht angegriffen werden; dieſes begründet jedoch wiederum keinen Schluß auf den Umfang eines Rechtes, welches dem Retinenten durch Geſetz ohne des Gegners Zuſtimmung entſteht. (S. oben §. 11. num. 6) u. §. 13.) Die l. 5. Cod.

(item Serviana) n. 43. Inst. de action. 4, 6. *Zasius* ad h. §. num. 23. *Jason* ad eund. §. n. 46. *Joh. Stockard* ad rubr. Cod. de pign. et hypothec. num. 18. *Colerus* de process. execut. P. II. cap. 3. num. 132. col. P. I. cap. II. num. 214.

8, 17. cit. enthält ein jus singulare, was nicht auszudehnen ist auf andere Fälle. Ich kann ferner die auch nur für die Execution geltende von vielen [2]) gemachte Ausnahme, wenn andere Gegenstände nicht vorhanden seyen, als hier Normgebend durchaus nicht betrachten, halte mich vielmehr für überzeugt, daß alle Sachen, woran das Retentionsrecht außerdem zulässig ist, demselben auch dann unterliegen, wenn sie dem Schuldner zum Geschäfte oder Lebensunterhalte unentbehrlich sind [3]); es sey denn, daß eine andere Rücksicht, deren wir oben §. 26. gedachten, dieselben von der Rückhaltung ausnehmen heißt, was namentlich bei den Büchern der Geistlichen und den Waffen der Soldaten der Fall seyn kann, sobald sie die zu der Ausübung des geistlichen Amtes und des Soldaten Dienste nothwendigen sind.

§. 33.

f) Können Handlungen des Retinenten Gegenstand des Retentionsrechtes seyn?

Diese Untersuchung ist neuerer Zeit durch eine scharfsinnig durchgeführte Theorie von Heerwart [1]) über die exceptio non adimpleti contractus, welcher diese exceptio für eine wahre Einrede und zwar für ein gesetzliches Retentionsrecht erklärt [2]), nothwendig geworden, da die gegenseitigen Leistungen bei zweiseitigen Verträgen keineswegs immer in Herausgabe von Sachen bestehen, die rückgehalten werden können, sondern auch blos gegenseitige Handlungen zum Gegenstande haben, mit denen eine Sachübergabe nicht verbunden ist, und welche der Schuldige solange wohl zu verschieben oder zurückzuhalten ver-

2) Diese Ausnahme von der Regel der in Not. 1. referirten Schriftsteller statuiren: *Lauterbach* l. l. §. 24. num. 11. *Richter* l. l. th. XV. XVI. *Carpzov* P. II. const. 25. def. 20. *Ludovici* l. l. §. 10. *Koenig* l. l. §. 14. num. 11. 12.

3) Faselius a. a. O. §. 7. in fin.

1) Archiv für civ. Prax. Bd. 7. Abh. 18. S. 335 sq. Bd. 14. Abh. IX. S. 206 sq.

2) Archiv für civ. Prax. Bd. 7. S. 342. 343. med. 345. in f. Bd. 14. S. 328. princ.

sucht werden kann, bis der Andere seine Gegenpflicht erfüllte. Auf ein factisches retinere treffen wir hier allerdings und es fragt sich daher, ob dasselbe einen Gegenstand umschließe, welcher caeteris paribus unserm jus retentionis unterliegen könne.

Nach dem im §. 26. vorangestellten Principe können nur solche Sachen Gegenstand des Retentionsrechtes seyn, welche besessen werden können. Alle Gesetze über Retentionsrecht bestätigen dieses, daher wir dieses Recht, welches nach §. 15. nur als Ausnahme von der Regel erscheint, auch nur innerhalb der gesetzlichen Schranken anerkennen können. Von einem eigentlichen Besitze an Handlungen als solchen kann offenbar keine Rede seyn, da sie keine Körper sind; es fragt sich aber, ob sie nicht im Quasibesitze sich befinden. Ein Quasibesitz ist nun aber auch nur möglich an Rechten, Gerechtsamen, welche als ein Gegenstand des Activvermögens einer Person existiren, und als solcher vom Quasibesitzer detinirt werden; blos persönliche Sachenrechte, welche sich lediglich auf die Erfüllung individueller Verbindlichkeiten beziehen, sind keineswegs Gegenstand des Quasipossesses [3]). Der Quasibesitz umschließt die Befugniß des Besitzers, das Besitzobject zu behalten und wenn es aus seinem Besitze gekommen, mit Hülfe der Interdicte es sich wieder zu verschaffen [4]). Dieses Alles läßt sich jedoch bei Handlungen nicht denken, zu denen zunächst blos die Pflicht auf Seiten des Leistenden existirt. Der Contrahent, welcher zu Folge eines Vertrages für den andern Contrahenten nur etwas zu thun, z. B. eine Reise zu unternehmen, einen Proceß zu führen, ein Kunstwerk zu verfertigen, sich verpflichtet hat, besitzt die Handlung, deren Ausführung er etwa solange retiniren will, bis der andere

3) a. Spangenberg Versuch einer system. Darstellung der Lehre vom Besitze. §. 104. Thibaut über Besitz. §. 16. Glück Com. Bd. II. S. 592—594. Schweppe röm. Privatr. edit. III. §. 223. v. Wening Ingenheim a. a. O. I. §. 181. Mühlenbruch Lehrb. §. 236. v. Savigny Besitz. §. 12. 44. 49. sec. fin.

4) Versuche über den Quasibesitz. Halle 1806. N. I. §. 8. v. Savigny a. a. O. §. 44—52. S. oben §. 22.

Contrahent gegen ihn etwas geleiſtet, keineswegs in irgend einem Poſſeſſe. Er hat ja nur eine Leiſtungspflicht auf ſich, nicht aber irgend ein ſchon beſtehendes Rechtsobject in detentione. Was ſoll er denn etwa beſitzen? etwa ſeine Dienſte? Dieſe ſind ja in ſolchem Falle noch nicht vorhandene Dinge. Nicht die Herausgabe, ſondern die herauszugebende Sache wird retinirt, an der es hier gebricht; denn nicht das Pflichterfüllen (was gleich wäre der Herausgabe), ſondern der Inhalt deſſelben, welcher eben dann noch nicht exiſtirt, müßte das zu retinirende Object ſeyn. Das Recht des Andern, die Handlung zu fodern, kann wiederum der Gegenſtand des Retentionsrechtes nicht ſeyn, denn dieſes iſt ja gar nicht im Beſitze des Retinenten; er beſitzt ja nicht das Recht gegen ſich, ſondern hat nur die Pflicht zu deſſen Befriedigung. Dieſe Pflicht iſt nun aber, wie geſagt, doch ſicherlich kein Object, von dem man ſagen könnte, der Verpflichtete habe ſie als Recht im Quaſipoſſeſſe, und ſey zum Schutz dieſes Beſitzes zu remediis possessoriis befugt. Auf l. 13. §. 8. D. 19, 1. — l. 22. D. de her. et act. vend. 18, 4. u. l. 31. §. 8. D. de aedil. edict. 21, 1. kann man ſich mit Heerwart und Schweppe[5]) zu Gunſten eines ſolchen Retentionsrechtes nicht berufen, weil, abgeſehen davon, daß in dieſen Geſetzen von einem Retentionsrechte gar nicht die Rede iſt (ſ. oben §. 4.), in ihnen von der Rückhaltung einer körperlichen Sache geſprochen wird. Eine meine Anſicht beſtätigende geſetzliche Aeußerung findet ſich in l. 36. D. ad S. C. Treb. 36, 1. verb.:

„si nihil est, quod retineat? veluti cum omnia in nominibus sunt, aut in corporibus, quae non possideat.“

Dieſe Worte belegen, daß man nur Körperliches, nicht aber alle Foderungsverhältniſſe und überall Dinge als in retentione betrachten darf, welche eine detentio nicht zulaſſen. S. oben §. 22. und daſelbſt Not. 3).

5) Schweppe a. a. O. edit. III. §. 184. edit. IV. §. 183 d. nimmt offenbar auf den Grund dieſer Vorſchriften bei zweiſeitigen Verträgen allgemein ein jus retentionis an.

Aus Allem folgt, daß Handlungen als solche, zu denen der Retinent aus Verträgen verbunden ist, einen Gegenstand unseres Retentionsrechtes nicht bilden können, daher auch mindestens in den Fällen der zweiseitigen Verträge, in denen es sich nicht um die Herausgabe von Sachen, sondern nur um ein Leisten von Handlungen fragt, die exceptio non adimpleti contractus die Einrede des Retentionsrechtes nicht bilden kann, sollte sie auch sonst dazu geeignet seyn, was ich jedoch aus den im §. 4. und sonst [6]) entwickelten Gründen ebenfalls nicht zugeben kann. Das sich gegenseitig Bedingen der Leistungen bei zweiseitigen Verträgen findet weder als durchgreifende Regel statt, noch bildet es eine das Retentionsrecht geltend machende Einrede, sondern regelt sich, wo es Platz greift, nach den Grundsätzen über die Reihefolge der Vertragspflichten bei derartigen Contracten.

§. 34.

4) Die Foderung, für welche retinirt wird.

a) Allgemeine Bemerkungen.

Aus der Natur des Retentionsrechtes, wie nach dessen Begriff seine Bestimmung sich erkennen läßt, ist zu entnehmen, daß das wichtigste Requisit dieses Rechtes in der Foderung besteht, für welche das Retentionsrecht in Wirkung treten soll. Diesem Requisite sind alle übrigen nur dienstbar; ihm nur spenden sie ihre Kräfte. Diese Herrin, deren Mächtigkeit darum in dem ihr dienenden Kreise durchaus nicht zu bestreiten steht, hat, nach unbedingter Botmäßigkeit strebend, oft schon eine solche Uebermacht zu gewinnen versucht, daß es die Vorsicht erheischte, ihr Regiment auf Grundsätze zurückzuführen, welche mit den Geboten der Gerechtigkeit, der gesetzlichen Ordnung harmoniren. Nicht überall, wo eine Foderung besteht und Befriedigung erlangen möchte, ist auch darum schon das Recht, dem Schuldner

6) Archiv für civ. Prax. Bd. 17. Abh. IV. S. 93 sq. u. Abh. IX. S. 242 sq. welche Ansichten ich in einem der nächsten Hefte dieses Archives mehr noch ausführen und begründen werde.

das Seinige inne zu behalten, begründet [1]); der Drang, sich zu befriedigen, darf so ausschreitend mit fremdem Gute nicht verfahren, und mag es auch dem habsüchtigen Gläubiger nicht billig dedünken, daß er dem Schuldner dessen Eigenthum zurückhändigen soll, wenn er selbst von ihm für eine Foderung noch nicht befriedigt wurde, so hat doch die unpartheiliche Gerechtigkeit die Beachtung solcher Wünsche an Bedingungen geknüpft, welche wir nachfolgend näher betrachten wollen.

§. 35.

b) Das Verhältniß der Foderung zu dem Retentionsgegner. Begriff des letztern.

Daß die Foderung, welche dem Andern sein Gut vorzuenthalten Veranlassung werden soll, nicht außer aller Verbindung mit diesem Andern stehen könne und dürfe, ist offenbar und den Rechtsgrundsätzen, die ich im §. 15. u. 28. entwickelte, gemäß. Diese Verbindung selbst nun aber kann auf doppelte Weise möglich werden, entweder durch das Verhältniß des Andern als Schuldner der Foderung, oder dadurch, daß der Andere an seinem Gute dem Gläubiger für seine Foderung gegen diesen Schuldner ein Retentionsrecht bestellte und sich auf diese Weise selbst in eine Beziehung zu der Foderung setzte. Die letztere Weise wird sich also nicht bei dem Retentionsrechte, wozu gesetzliche Erlaubniß wider des Andern Willen befugt, sondern nur bei dem jus retentionis finden, welches auf Einwilligung des Gegners beruht. Der Retentionsgegner ist darum nur derjenige, welcher auf die angegebene Weise mit der Foderung in Verbindung steht, und welchem **deshalb** Rechte auf Herausgabe der res retenta zukommen. Es ergiebt sich also, daß derselbe keinesweges noth-

1) Als eine so mächtige Dame schildern die Foderung *Lauterbach* l. l. §. 23. *Schifordegher* ad Ant. Fabrum Lib. I. tract. I. qu. 3. *Wunderlich* l. l. §. II. III. *Ludovici* de jure retentionis ex diversa etiam causa competente. *Schmidius* l. l. §. 16—22. Fasolius a. a. O. §. 22. Schweppe röm. Privatr. §. 183 d. u. a. m.

wendig auch der Schuldner der Foderung ist; man muß daher den Schuldner der Foderung und den Retentionsgegner mit einander nicht verwechseln, sondern beide noch von einander scharf unterscheiden, was in der Lehre von den Wirkungen des Retentionsrechtes von wesentlicher Bedeutung wird. Eine Folge hiervon berührten wir schon oben bei der Frage über die Fehlerhaftigkeit des Besitzes im §. 23. Ist nehmlich der Schuldner nicht auch der Retentionsgegner, so wird ihm, dem Schuldner, gegenüber, wenn er den Besitz des Retinenten verfolgt, dem letztern die Fehlerhaftigkeit des Besitzes nicht schädlich werden, da er, der Schuldner, in Bezug auf die res retenta als extraneus erscheint. Diese Auffassung des Begriffes des Retentionsgegners führt uns auf die Bemerkung, daß der Begriff eines *extraneus* bei dem Retentionsrechte im Verhältniß zum Retentionsgegner ein anderer sey, als im Verhältniß zur res retenta. In letzterer Beziehung war der *extraneus*, der Dritte, derjenige, welcher nicht auch der Schuldner der Foderung, für die retinirt wird, war, also jeder außer dem Schuldner der Foderung (s. oben §. 29.); in Beziehung auf den Retentionsgegner aber ist der Dritte jeder außer demjenigen, welchem die res retenta gehört. In ersterer Beziehung befindet sich der Retentionsgegner, der nicht Schuldner ist, ebenfalls mit unter der Zahl der extraneorum; in letzterer Beziehung aber wird auch der Schuldner zu der Zahl der Dritten zu rechnen seyn, sobald ihm die Sache nicht gehört. Daß im übrigen Jeder, dem die Sache gehört, welchen Geschlechts, Alters und Standes er auch sey, Retentionsgegner seyn könne, ist eine kaum nöthige Bemerkung [2]).

§. 36.

c) Die Foderung muß eine wahre, gesetzlich nicht reprobirte seyn, und kann auf bürgerliche oder natürliche, persönliche oder dingliche obligatio sich gründen.

Das Wort „Foderung" oder sein passives Correlat, die

2) *Richter* de ret. th. 15.

Schuld, das debitum, für welches retinirt wird, gilt hier in der weiteſten Bedeutung als creditum oder debitum, wozu ein Anderer mir vollkommen verbunden iſt, daher auch facta, welche jemand zu leiſten die Pflicht hat, das debitum bilden können [1]). Die Foderung muß nur eine wahre, geſetzlich nicht reprobirte ſeyn, hinſichtlich deren dem Gläubiger, wenn nicht eine Klage, doch mindeſtens eine Einrede zuſteht, daher ebenſo eine natürliche wie bürgerliche Verbindlichkeit ihr zum Grunde liegen kann [2]). Ob das debitum auf einem dinglichen oder perſönlichen Rechte beruht, iſt gleichgültig [3]). Wenn Lauterbach l. l. §. 5. behauptet, eine nach jus civile beſtehende, aber der natürlichen Billigkeit widerſtrebende Foderung, gewähre kein Retentionsrecht,

1) l. 1. D. de reb. cred. 12, 1. — l. 1. §. 6. 7. 8. D. de pecun. constit. 13, 5. — l. 10. 11. 12. 55. 108. 178. §. 3. D. de verb. signif. *Heisler* l. l. §. 13. *Schmidius* l. l. §. 5. u. 8. Faſelius a. a. O. §. 10. u. Not. b). *Leyser* med. spec. 175. med. 2. *Lauterbach* l. l. §. 5. *Hugo Grotius* de jure belli ac pacis. L. III. Cap. XI. §. III. S. auch unten §. 56. 57. 58. Not. 4. *Mollignatus* l. l. qu. 414. 417. *Koenig* l. l. §. 13 num. 5.

2) l. 16 §. 4 D. de fidejussor. 46, 1. — l. 7. D. eod. — l. 51. D. de condict. ind. 12, 6. — l. 5. 14. D. de pignor. 20, 1. — l. 2. D. quae res pign. 20, 3. — l. 6. D. de compens. 16, 2. — l. 15. §. 2. l. 69. D. de furtis. 47, 2. — l. 14. D. de dol. mal. exc. 44, 4. — l. 23. §. 4. l. 48. D. de rei vind. 6, 1. — l. 8. pr. D. de pign. act. 13, 7. — l. 26. §. 4. D. de cond. ind. 12, 6. — l. 33. D. eod. — l. 7. §. 12. l. 9. pr. D. d. a. r. d. 41, 1. — §. 30 Inst. de rer. div. 2, 1. — l. 14. §. 1. D. com. div. 10, 3. — l. 6. 7. §. 2. l. 9. D. de demno inf. 39, 2. — l. 27. pr. D. de negot. gest. 3, 5. col. l. 39. §. 1. D. de her. pet. 5, 3. *Cujacius* observ. Lib. XVIII. cap. 10. *Lauterbach* l. l. §. 5 *Leyser* med. spec. 175. m. 3. *Koenig* (Reusner) §. 13. nem. 1. *Schmidius* l. l. §. 9. *Wunderlich* l. l. §. 11. Not. 4. Weber natürl. Verbindlichkeit. §. 108. u. Beyträge zu d. Lehre v. Klagen und Einreden. I. S. 52 sq. Krug Compenſation. §. 41. u. beſonders S. 118. *Ranft* l. l. §. 7. S. 20. 21. Glück Com. Bd. 8. §. 592. S. 301 sq. Bd. 10. S. 270. Bd. 11. S. 118. 152 sq. Bd. 15. S. 123. 124. — Faſelius a. a. O. §. 10. v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 169.

3) *Lauterbach* l. l. §. 6. *Thesaurus* Berbosae cit. l. §. VI. *Ranft* l. l. S. 21. Faſelius §. 10. Not. e) r). l. 14. pr. Cod. de compensat. 4, 31. §. 30 Inst. de action. 4, 6. S. oben §. 9.

so ist er aus den von ihm für seinen Satz angezogenen Gesetzen [4]) nur dahin zu verstehen, daß eine an sich durch Civilrecht begründete Foderung, welcher eine exceptio perpetua entgegensteht, das Retentionsrecht als ein statthaftes nicht zu vertheidigen vermöge. Dieser Satz ist nicht zu widersprechen, enthält aber in der That nur eine überflüssige Bemerkung; denn eine durch eine Einrede vernichtete Foderung ist keine Foderung, mithin auch nicht vermögend, ein jus retentionis zu begründen. Die Worte, wie Lauterbach seinen Satz ausgedrückt hat, „debitum civile tantum, quod scilicet jure civili debetur, sed vinculo aequitatis naturalis destituitur, non facit locum huic remedio“ drücken freilich die rechtlich nicht bestehende [5]) Behauptung aus, daß Billigkeit über das Recht zu siegen vermöge; allein nach seinen Citatrn liegt das Unrichtige nur im Ausdruck. Daß eine obligatio, welcher die Gesetze alle Wirksamkeit, auch die der Einrede absprechen, z. B. die Pflicht der Zahlung einer Spielschuld u. a., zum Retentionsrechte so wenig befugt, als eine durch eine gegründete Einrede entkräftete Foderung, ist nur Folge der vorhin angegebenen Requisite der Foderung als einer wahren, gesetzlich nicht reprobirten.

§. 37.

d) Begründet eine noch betagte oder suspensiv bedingte Foderung das Retentionsrecht? Die Meinungen Anderer darüber.

Diese Frage wird von vielen Rechtslehrern [1]) verneint, und

4) l. 14. D. de compens. 16, 2. — l. 26. §. 3. l. 40 pr. D. de condict. ind. 12, 6. Faselius a. a. O. Not. a) hat Lauterbach offenbar mißverstanden.

5) l. 12. §. 1. D. qui et a quibus manum. 40, 9. — l. 12. l. 18. D. de legib. l. 1. l. ult. Cod. eod. 1, 14. v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 24. Mühlenbruch Lehrb. §. 43, 44. Weber natürl. Verbindlichkeit. §. 57. 58. Glück Com. Bd. 1. §. 30.

1) *Richter* l. l. th. XV. *Ranft* l. l. §. 3. u. 7. *Schotten* (Ludeking) l. l. §. 2. S. 6. 7. §. 27. S. 38. u. §. 30. *Schnorr.* §. 10. Not. b). Schweppe a. a. O. §. 183 d. S. 406. Not. 2). *Muhlfort* (Strauch)

von vielen [2]) bejahet. Für die verneinende Antwort führt man folgende Gründe an: a) So wie nach l. 35. D. de judic. 5, 1. — l. 213. D. de Verb. Signif. 50, 16. — l. 36. D. de reb. cred. 12, 1. wegen eines noch ungewissen zukünftigen Anspruches ein judicium nicht statt finden könne, so dürfe auch retentio, welche nur eine species privatae executionis sey, ehe der dies solutionis gekommen, gegen die debitores auch nicht zur Hand genommen werden. In lege 14. §. 2. D. quib. ex caus. in possess. eatur. 42, 4. heiße es ausdrücklich: creditor conditionalis in possessionem non mittitur, da es ganz gleich sey, Schuldner gar nicht zu seyn, und die Schuld noch nicht eintreiben zu können [3]). Der debitor müsse durchaus morosus seyn, wenn das jus retentionis gegen ihn statthaft erscheinen solle, was bei noch betagter und bedingter Foderung nicht der Fall sey, arg. §. 2. Inst. de V. O. 3, 16. §. fin. I. de inutil. stipul. 3, 21. — l. 138. D. de V. O. 45, 1.; eine retentio, wo keine mora solvendi eingetreten, sey daher arg. §. 33. I. de action. 4, 6. u. §. 10. Inst. de except. 4, 13. eine plus petitio. Nur die Gefahr des Verlustes der Foderung vermöge nach l. 14. D. de pignor. 20, 1. u. l. 10. D. qui satisd. cog. 2, 8. eine Ausnahme zulässig zu machen. b) Da das jus retentionis analog nach den Grundsätzen der compensatio sich richte, so finde arg. l. 7. pr. l. 16. §. 1. D. de compensat. 16, 2. wegen noch betagter und bedingter Foderung auch kein Retentionsrecht statt. — Manche z. B. *Schotten* haben von ihrer Regel dann eine Ausnahme zulassen wollen, wenn periculum in mora, eine solche Gefährde vorhanden sey, welche die Person und deren Güter festzuhalten befuge; in solchen

---

l. l. th. 8. Not. a. th. 18. Not. b. Wegen Compensation s. Krug a. a. O. §. 37. 38.

2) *Kanne* de compensatione et retentione etc. §. 5. *Heisler* l. l. §. 17. 18. *Schmidius* l. l. §. 9. in f. Faselius §. 10. Sintenis Pfandr. §. 22. *Koenig* l. l. §. XIII. num. 4.

3) l. 7. §. 14. D. quibus ex caus. in possess. 42, 4. — l. 10. D. de V. O. 45, 1. — l. 54. D. de Verb. signif. 50, 16.

Fällen dürfe die Retention aber immer nicht eine Befriedigung, sondern nur eine Sicherstellung der künftigen Zahlung verfolgen.

Für die bejahende Meinung findet man folgende Gründe: a) die lex 10. D. de verb. signif. 50, 16. erkläre auch diejenigen für creditores, denen sub conditione und in diem geschuldet wird; ergo leges non distinguunt. b) bei betagtem debito bestehe schon ein debitum, dessen Verlust zu sichern sey, es möge die Foderung fällig seyn oder nicht; bei einem bedingten debito bestehe zwar noch keine eintreibbare obligatio, aber doch nach §. 4. Inst. de verb. oblig. 3, 16. schon ein Recht auf die spes debitum iri, die invito creditore nicht vernichtet werden dürfe; ein jus obligationis, conditione existente zu erfüllen, bestehe allerdings schon. Werde dieses nun etwa durch Verschwendungslust des Schuldners gefährdet, so dürfe man auch jure retentionis sich hiergegen zu vertheidigen suchen. Sey auch keine mora debitoris, so sey doch periculum in mora retinendi vorhanden. Die Compensationsgrundsätze träten nicht entgegen, weil es sich dort um solutio, hier aber um Sicherstellung der Foderung frage, welche auch bei einem debito conditionali motivirt seyn könne. c) es seyen die Grundsätze des Pfandrechts hier in analoge Anwendung zu bringen.

§. 38.

Fortsetzung.

Beurtheilung dieser Meinungen.

Beurtheilen wir nun die für beide Meinungen aufgestellten Gründe, so entgegne ich diesen Gründen zunächst im Allgemeinen, daß sie uns einen sehr in die Augen fallenden Beleg geben, wie sehr unserm jus retentionis von jeher nachtheilig geworden ist, wenn man es nicht genug in seiner von andern Rechtsinstituten verschiedenen Eigenthümlichkeit gewürdigt, und als species bald diesem, bald jenem der Institute untergeordnet hat. Weil der Gläubiger mit ihm selbstthätig für seine Befriedigung zu wirken versucht, soll es eine species der Execution und zwar eine privata executio seyn. Sodann soll es wieder eine Art Com-

pensation, oder eine Art Pfandrecht bilden. Solche Vergleiche möchten als Gedankenspiele in ihrer Verfehltheit auf sich beruhen, wenn man aus ihnen nur nicht Schlüsse gezogen hätte, welche den Umfang der in dem Retentionsrechte liegenden Befugnisse bedingen. Oben schon (§. 4. 5.) sprach ich hiervon; ich kann jedoch bei der Wichtigkeit der Sache nicht unterlassen, darauf zurückzukommen, so oft in concreto eine Anwendung sich bietet. Im §. 32. schon berührten wir eine Folge der unrichtig auf das jus retentionis angewendeten Grundsätze über Execution; und hier haben wir es mit einer ähnlichen zweiten zu thun. Wie kann das Retentionsrecht eine species der Execution seyn, da es nur Sicherung und eine Anregung des Schuldners zur Zahlung versuchen will, während die Execution nicht solche, der Befriedigung noch so ferne, Wege geht, sondern sofort schon volle Befriedigung zu nehmen zur Aufgabe sich gestellt hat. Zwischen dem Versuche künftige Befriedigung zu sichern und zu beschleunigen und der Befriedigung selbst, ist der wesentliche characteristische Unterschied, welcher zwischen dem Versuche Speisen einzukaufen und schmackhaft zu machen und dem Speisen genießen selbst ist; es wird sicherlich niemanden einfallen können, zu glauben, er habe gegessen, wenn er erst darauf ausgegangen ist, Essen sich möglichst zu verschaffen. Bei einer solchen Fiction wird der Hungrige den Magen so leer fühlen, als bei der durch das jus retentionis vermeintlich geübten Execution der Gläubiger die Taschen, wenn nicht die Einbildung vernichtet und noch nachgedracht wird, was Magen und Taschen zu befriedigen geeignet ist. Ist das Retentionsrecht executio, so sind auch das Pfandrecht, der Arrest, die Cautionsleistung, die Mahnung, Pfändung und viele andere Mittel, die Foderung zu sichern und zur Zahlung anzuregen, zum Theil in noch erhöhterm Grade species executionis, da durch mehrere derselben Sicherung der Foderung und Impuls zur Zahlung viel kräftiger realisirt wird, als durch den Versuch der Retention, welche alles auf den Zufall setzt, wie sehr der Schuldner die Rückhaltung der Sache auf sich einwirken lasse, die Sache selbst aber zur Befriedigung gar nicht verwenden

darf. Daß compensatio und pignus nicht die Gattungsrechte, denen das jus retentionis als species unterfalle, seyn können, entwickelte ich schon oben §. 6—13. Merkwürdig ist aber hier, daß die eine Meinung, welche das jus retentionis wie Compensation behandelt, die Frage unseres Paragraphen verneinen, die andere aber, die darin ein dem pignus analoges Rechtsverhältniß erblickt, diese Frage bejahen muß. Welche Ansicht über die Abkunft unseres Rechtes ist nun die richtige? Soll es dem Belehrung Suchenden nicht bange werden, wenn er seinen Bekannten unter so verschiedene Verwandten herumgewiesen sieht?

Ehe wir uns damit beschäftigen, solche Kümmernisse zu zerstreuen, wollen wir den einzelnen Gründen der beiden Meinungen über das Thema unseres Paragraphen Specielleres noch entgegnen, und zwar vorerst denen der verneinenden. Zu a). Der lex 14. §. 2. D. cit. 42, 4. ist entgegenzustellen die lex 6. pr. D. eod., wo es heißt: „in possessionem mitti solet creditor, et si sub conditione ei pecunia promissa sit.“ Die Commentatoren unserer Quelle [4]) vereinigen beide Gesetze auf folgende Weise; sieht man blos auf den Zweck der missio in bona, den Anspruch sicher zu stellen, so findet diese missio nach l. 6. pr. cit. statt; sieht man aber auf die Wirkung der missio für die Befriedigungsnahme selbst, so findet sie arg. leg. 14. §. 2. cit. und l. 7. §. 14. D. eod. nicht statt. Es fällt in die Augen, daß die l. 14. §. 2. cit. demnach hier keinen Gegengrund abgeben könne, da es sich bei dem Retentionsrechte nicht

4) *Bartolus* ad leg. 7. §. 14. l. 14. §. 2. D. cit. 42, 4. u. l. 6. pr. cit. D. eod. „creditor conditionalis vult mitti in possessionem, quia non cavetur sibi; tunc potest per leg. 6. pr. cit. si vero ut sibi solvatur, tunc non potest arg. leg. 14. §. 2. D. cit.“ — *Brunnemann* ad leg. 7. §. 14. u. l. 14. §. 2. D. cit. „si quis sub conditione vel in diem debeat, missioni locus non est §. 14. cit. scilicet hoc effectu, ut pignoris executionem habeat, aut venditionem peragere possit; mittitur, si initium spectes per leg. 6. pr. h. t. non, si effectum.“ *Cujacius* observ. Lib. X. c. 32. Mühlenbruch Lehrbuch §. 156. princ. u. Not. 1). — l. 42. D. de obl. 44, 7.

um die Befriedigungsnahme, ſondern um die Sicherung der Foderung handelt, daß folglich die l. 6. pr. cit. hier viel eher Normgebend erſcheinen müßte. Daß die Grundſätze über Execution auf das Retentionsrecht keine Anwendung leiden, iſt aus dem vorhin Geſagten zu entnehmen. Eine noch betagte, noch nicht gefällige, und eine bedingte, noch gar nicht exiſtirende Schuld darf man freilich noch nicht erheben, alſo auch noch nicht executiviſch beitreiben; allein ob man die künftige Befriedigung derſelben nicht ſchon ſichern und beſchleunigen dürfe, iſt eine ganz andere Frage, für deren Beantwortung die Execution Anhaltepuncte nicht bietet. Die mora des Schuldners erſcheint völlig indifferent für die Frage, ob ich meine Foderung zu ſichern und die Neigung zu deren Befriedigung zu ſchärfen befugt ſey. Daß die Gefahr des Verluſtes der Foderung nicht Bedingung für die Statthaftigkeit des Retentionsrechtes ſey, und wohl zu Sicherungsmaaßregeln, darum aber noch keineswegs zum jus retentionis berechtigen könne, zeigten wir oben §. 5. Zu b) iſt die Widerlegung ſchon im §. 9. genügend entwickelt worden, daher ich mich hierauf zurückbeziehe.

Die Gründe der bejahenden Meinung anlangend ſteht zu beachten: Zu a) und b). Aus dem Umſtande, wen alles die Geſetze für einen creditor erklären, kann doch unmöglich der Schluß gezogen werden, daß die Eigenſchaft, creditor zu ſeyn, auch zu Allem befuge, wozu irgend ein creditor das Recht hat. Aus dieſem Satze würde auch folgen, daß eine bedingte Foderung conditione pendente ſchon erhoben werden dürfe, weil viele Gläubiger ihre Foderungen zu erheben befugt ſind. Eine spes debitum iri und die Vorſchrift, daß niemand den Eintritt der Bedingung hindern dürfe, kann allerdings Sicherungsmaaßregeln zuläſſig machen; allein daß es ſie zum jus retentionis berechtige, folgt hieraus noch keineswegs. (S. oben §. 5). Zu b) Oben im §. 13. vergl. mit §. 11. 12. entwickelte ich ſchon, was von dieſem Grunde zu halten ſey.

§. 39.
Fortsetzung.
Beantwortung der Frage.

Nach §. 15. ist, um das Recht, das Gut des Andern rückhalten zu dürfen, in Anspruch nehmen zu können, eine bestimmte gesetzliche Erlaubniß erfoderlich, deren Umfang nur aus den Gesetzen normirt werden kann. Die über Retentionsrecht redenden Gesetze nun — ich berufe mich wieder hier auf alle dafür in diesen Blättern citirten Gesetze über jus retentionis, — enthalten nirgends die Bestimmung, das Retentionsrecht setze eine bereits schon fällige Foderung voraus; sie sprechen überall nur von einer schon bestehenden obligatio, welche den Gegner zu einer Leistung, ohne präjudicielle Rücksicht auf deren Fälligkeit, bestimmt verpflichtet. So sagt die l. un Cod. etiam ob chirogr. pec. 8, 27. ganz allgemein, der Schuldner müsse auch die Foderung befriedigen wofür das Pfand nicht hafte, wenn er dasselbe rückfodern wolle, ohne die Einschränkung, daß diese Foderung eine fällige seyn müsse. Ferner nach §. 29. Inst. de rer. div. 2, 1. verliert der dominus materiae, welche bona fide in fremdes Eigenthum hineingebaut wurde, sein Recht auf Rückfoderung oder Entschädigung keineswegs, allein dieses Recht wird erst fällig, wenn das Gebäude zerstört wurde und hierdurch oder sonst zufällig eine Trennung der materia qu. von demselben statt gefunden hat. Dennoch aber ist schon vorher, *also vor der Fälligkeit* dieser Foderung, arg. §. 30. Inst. ibid. l. 14. D. de dol. mal. et met. exc. 44, 4. das Retentionsrecht zu Gunsten derselben statthaft, wenn der Eigenthümer auf Aushändigung seines Eigenthumes klagt. Da das jus ret. nicht, wie die Compensation, selbst Befriedigung nimmt, sondern die Befriedigung der Foderungen nur zu sichern und zu beschleunigen strebt, so standen Gesetzen, während sie die Compensation, weil nicht fällige Foderungen auch nicht zu erheben stehen, abschlagen mußten, hier bei dem Retentionsrechte nichts im Wege, auf die Fälligkeit der Foderungen kein Gewicht zu legen, indem jene Rücksicht der

Sicherung der Foderung und Steigerung der Zahlungsluſt auch für nicht fällige Foderungen wichtig iſt. Es hindert folglich weder Geſetz noch Natur der Sache, für wenn auch noch betagte Foderungen das jus retentionis als zuläſſig zu erklären. Dieſe Grundſätze ſind auch ganz den geſetzlichen [1]) Befugniſſen aus l. 41. D. de judiciis, 5, 1. l. 38. D. pro socio. 17, 1. und l. 3. D. de tut. et rat. distr. 27, 3., für noch zukünftige, aber ſchon begründete und dereinſt ſicher zuſtehende Foderungen Sicherung zu begehren, gemäß.

Anders dagegen muß ich die Sache anſehen, wenn die Foderung eine noch ſuspenſiv bedingte iſt. Beſteht auch die spes debitum iri, ſo beſteht doch pendente conditione arg. l. 54. 213. D. de verb. signif. 50, 16. l. 10. D. de verb. obl. 45, 1. l. 7. §. 14. D. cit. 42, 4. §. 4. Inst. de verb. obl. 3, 16. l. 16. D. de cond. ind. 12, 6. noch keine Foderung, welche der Schuldner zu befriedigen hätte, und zu deren Befriedigung derſelbe um ſein Gut aus der retentio zu erlöſen, mit Recht nur irgend veranlaßt werden könnte. Nur höchſt hart und ungerecht muß es erſcheinen, Jemanden ſein Eigenthum rückhalten zu wollen für eine Foderung, welche vielleicht niemals exiſtent wird. Wie? wenn ſich ſpäter ausweiſt, daß gar keine Foderung exiſtent geworden iſt. Muß ſich in einem ſolchen Falle nach den im §. 15. angegebenen Grundſätzen die retentio nicht als höchſt rechtsverletzlich und unbillig darſtellen? Es exiſtirte ja früher keine Pflicht der Möglichkeit, durch Befriedigung einer noch nicht beſtehenden obligatio ſein Gut ſich zu verſchaffen; auch iſt ja der Gläubiger ſelbſt pendente conditione noch gar nicht verbunden, die Befriedigung anzunehmen [2]); und nach Wegfall der Bedingung wird ja die Sache ſo angeſehen, als ob gar keine obligatio beſtanden hätte [3]). Hierzu tritt als gewichtigſtes Mo-

1) M. vergl. hierher Krug Compenſation. §. 36.

2) l. 5. Cod. de obl. et act. 4, 10. Thibaut Syſt. §. 98. col. §. 101. u. 92. prmc.

3) l. 37. D. de contr. emt. 18, 1. Thibaut Syſt. §. 92. ſa fin. l. 8. pr. D. de per. et comm. rei vend. 18, 6.

ment, daß, soviel ich habe entdecken können, kein Gesetz existirt, welches wegen einer noch suspensiv bedingten Foderung das Retentionsrecht gestattete. Alle darüber sprechenden Gesetze reden entschieden von Foderungen, deren Leistungspflicht nicht mehr in Zweifel sich befindet. Und selbst die Sicherungsanträge können regelmäßig ohne specielle Veranlassung aus den factischen Verhältnissen ob gravamen de futuro nicht ergriffen werden [4]); das bedingte debitum vermöchte daher mindestens ebenso wenig regelmäßig das jus retentionis zu begründen. Diesem Allen steht auch die l. 13. §. 5. D. de pign. 20, 1. welche von vertragsweiser Sicherung spricht, so wenig als die l. 4. D. de separation. 42, 6. obschon sie wegen bedingter Foderungen cautio zuläßt, entgegen. Denn was bei Verträgen gilt, berechtigt zu keinem Schlusse hieher; sodann redet die l. 13. §. 5. cit. nicht von einer Caution für eine bedingte Hauptfoderung, sondern für eine bedingte Hypothekenbestellung bei einer unbedingten Hauptfoderung, folglich von einem ganz andern Falle, als dem unsrigen des jus retentionis für eine bedingte Hauptfoderung. Daß eine bedingte Hauptfoderung gar kein debitum erzeuge, sagt l. 13. §. 5. principio selbst [5]). Die nach l. 1. D. de separ. von Separation handelnde l. 4. cit. (siehe v. Wening Ingenheim Lehrb. V. §. 172.) bestimmt die hier wieder nichts entscheidende Berechtigung der Gläubiger, auch für bedingte Foderungen im Falle der Verschuldung Caution dahin verlangen zu können, daß sie Befriedigung empfangen, wenn die Bedingung eintritt. Im Falle der Gefährde treten allerdings Sicherungsbefugnisse in das Leben, die aber als eigens motivirte zu keinem Schluß auf das jus retentionis befugen, was von Gefährde nicht abhängt. Wenn Ausnahmsweise, arg. leg. 7. pr. l. 18. und 73. D. de cond. et dem. 35, 1. und leg. 4. §. 1. D. de cond. inst. 38, 7. gegen Caution Zahlung einer bedingten Foderung gefodert werden kann, so ist in

4) Mühlenbruch Lehrb. §. 108. Num. 2) Not. 5.

5) Ueber die l. 13. §. 5. D. de pign. 20, 1. und überall hieher vergleiche man noch Krug Compensation §. 37. mit Not. 217.

solchen Fällen bis zur Zahlung das Retentionsrecht allerdings zu gestatten; diese Fälle sind aber nur keine Ausnahme von der von mir vertheidigten Regel, weil hier gegen Caution eine Foderung wirklich zusteht.

Daß alle diese Grundsätze nur hinsichtlich des Retentionsrechtes gelten, welches aus dem Gesetz zusteht, nicht welches gegnerische Einwilligung, also Testament und Vertrag [6]) constituirte, bedarf nur der Vollständigkeit wegen einer Erwähnung, da es sich von selbst versteht, daß mutuo consensu etwas Anderes beliebt werden kann. Daß ferner die Resolutivbedingung das jus retentionis nicht unzuständig machen könne, ist auch leicht begreiflich, da bei ihr die Foderung vor ihrem Eintritte als bestehend gilt [7]).

§. 40.

e) Muß die Foderung eine liquide seyn?

Auch hierüber ist viel gestritten worden. Eine Anzahl der Rechtslehrer [1]) verneinte die Frage mit der Einschränkung, es sey erst von dem Zeitpuncte an, wo der Schuldner Caution dahin zu leisten sich erboten, daß er die Schuld, sobald sie liquid seyn würde, bezahlen wolle, zur Fortdauer des jus ret. Liquidität erfoderlich; denn gegen eine solche Offerte konnte nach ihrer Ansicht nur ein liquides jus retentionis schützen; Andere [2]) ver-

6) Faselius a. a. O. §. 10. Not. d.

7) Thibaut Syst. §. 89.

1) *Ludolph Schrader* in tractatu feudali. P. II. princip. IX. Sect. 2. num. 31. 32. *Carpzov* P. II. C. 25. def. 17. u. Lib. IV. resp. 20. u. 19. *Berger* in oecon. jur. Lib. III. tit. 15. §. 4. Not. 9. *Berlich* in concl. pract. P. II. concl. 32. num. 15. 16. *Mevius* P. II. decis. 16. 17. 114. P. III. decis. 368. not. 3. u. 4. *Leyser* medit. ad pand. spec. 175. med. 4. *Hartm. Pistor* P. II. Lib. 2. quaest. 43. n. 33. *Faehnaeus* controv. Lib. VII. cap. 91. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 937. *Heisler* l. l. §. 16. *Strecker* de jure retent. §. 3. u. 30. *Stryk* diss. de poss. per caut. non auferenda Cap. I. II. III. Ejus usus mod. Lib. 16. tit. II. §. 16. v. Bülow, Abhandlungen üb. einzelne Materien des Rechts. Th. II. Abh. 24. S. 220 sq. num. 3. u. a. S. unten §. 90.

2) *Hector Capycius* in decis. dec. XVII. num. 7 sq. *Sebast. Me-*

meinten sie ohne eine solche Beschränkung, behauptend, daß selbst Cautionsleistung dem Gläubiger das jus retentionis illiquidum nicht nehmen könne; noch Andere [3]) wollten die Wirkung der Cautionsleistung auf Aufhebung des Retentionsrechtes davon abhängig machen, ob die Foderung schwierig liquid zu machen sey, und versagten im entgegengesetzten Falle der Caution diese Wirkung; und noch Andere [4]) schlugen wegen einer illiquiden Foderung das Retentionsrecht unbedingt ab, indem ein Theil derselben nur noch unterscheiden wollte, ob das Recht oder nur die Summe der Foderung illiquid sey; sey nur das letztere der Fall, so finde das jus retentionis bis zur Cautionsleistung des Schuldners statt; noch Andere [5]) endlich riethen als bequemstes Auskunftsmittel, daß der Richter dem Retinenten eine präclusive Frist bestimme, binnen welcher er seine Foderung liquid zu machen habe, und wollten dann, wenn binnen dieser Frist die Foderung liquid gemacht werde, das jus retentionis bis zur Befriedigung der Foderung gestatten, außerdem aber dasselbe verweigern. Daß auch hier bei dem auf gegnerischer Einwilligung beruhenden Retentionsrechte Alles von dem Inhalte dieses Willens abhänge, ist man überall einverstanden [6]).

Es würde eine unnöthige Mühe seyn, alle Gründe für diese Meinungen einzeln durchzugehen. Man stößt auf Ansichten, die

dices de compensat. P. II. qu. 16. num. 20. *Molignatus* l. l. quæst. 340. S. 312. *Ant. Faber* in Cod. Lib. III. tit. 22. def. 15. num. 4, 5. *Esbach* ad Carpzov. P. II. const. 25. def. 17. *Stryk* diss. cit. bei die Gründe der verschiedenen ältern Meinungen aufzählt. *Hommel* Rhaps. obs. 200. *Troppanneger* de retentione actorum advocato etc. competente. §. 23.

3) *de Pufendorf* observ. Tom. II. obs. 130. *Leuterbach* l. l. §. 6. 7. 8. *Schmidius* l. l. §. 12.

4) *Richter* l. l. thes. XVI. XVII. *Ranft* l. l. §. 7. *Schnorr* l. l. §. 10. *Koenig* (Reusner) l. l. §. 22. num. (1). *Muhlpfort* l. l. th. 23.

5) *Faselius* a. a. O. §. 10. in fin.

6) *Fuselius* a. a. O. §. 10. med. *Schmidius* l. l. §. 10. Man vergl. überall über die verschiedenen Meinungen noch *Car. Aug. Schlockwerder* ac et quatenus jus retentionis in retractu ob meliorationes fundi locum sibi vindicet. Witebergae 1790.

ſich aus allen bisherigen Entwickelungen und ſonſt aus den Rechten leicht von ſelbſt beurtheilen laſſen; man will wieder von Vorſchriften über Compenſation, die ſelbſt dort nicht mehr für die Liquidität der Foderung Entſcheidung geben können, hieher ſchließen [7]), vermengt dabei wieder beide Rechtsinſtitute mehr, als recht iſt, miteinander, recurrirt auf Billigkeitsempfindungen, liquide Foderungen wegen illiquider nicht aufhalten zu dürfen, und betrachtet ſogar ſelbſt einen Schuldner einer illiquiden Foderung ſolange, bis ſie liquid gemacht ſey, noch nicht in mora, als ob überhaupt auf die mora des Schuldners für das Retentionsrecht etwas ankommen könne. Das vorgeſchlagene Einſchreiten des Richters, wenn derſelbe prozeßordnungsmäßig in lite dazu nicht veranlaßt wird, hat den Vorwurf einer höchſt willkührlichen Maaßregel gegen ſich. Die wichtigſte Frage, inwiefern Cautionsleiſtung das Retentionsrecht aufzuheben vermöge, werden wir ſpäter (§. 90.) beſprechen, da ſie hieher nicht gehört. Hebt cautio das jus retentionis auf, ſo kann unmöglich die Liquidität oder Illiquidität der Foderung einen Unterſchied machen, denn für die Aufhebung würde doch nur der dann für beide Fälle gültige Grund entſcheiden, daß ein Sicherungsmittel das andere entbehrlich gemacht, gleichſam wie einen Soldaten abgelöſt habe.

Da kein Geſetz das Retentionsrecht wegen Illiquidität der Foderung abſpricht, überhaupt aber die Liquidität nur im Prozeſſe in Frage kommen kann, weil im außergerichtlichen Verhältniſſe des Gläubigers und Schuldners für die Bemeſſung der Rechte und Pflichten beider zu einander regelmäßig alles nur darauf ankömmt, wie ſich die Sache re vera verhalte, nicht wie ſie der Eine kennt oder dem Andern gegenüber zugiebt, ſo ſcheint mir es unwiderſprechlich, daß die Frage unſeres Paragraphen lediglich eine Prozeßfrage iſt, und darum mit Recht neueſtens dahin entſchieden worden iſt: Wird der Beſitzer der Sache im ordentlichen Prozeſſe auf Herausgabe derſelben belangt, ſo muß er zu dem Beweiſe des factiſchen Inhaltes ſeiner Retentionsein-

7) Schweppe a. a. O. §. 183 d. col. §. 628. lit. D.

rede gelassen werden; ist hingegen eine zulässige Prozeßart gegen ihn gewählt, bei welcher illiquide Einreden nicht beachtet werden dürfen, so wird die Retentionseinrede sofort liquid gemacht werden müssen, soll sie Berücksichtigung zugetheilt erhalten [8]). Nicht die etwaige Verwandtschaft des jus retentionis mit der compensatio führt hier zu denselben Grundsätzen, welche bei der compensatio hinsichtlich der Liquidität der compensabeln Foderung gelten. Wie könnte hier auch eine solche Verwandtschaft einwirken, da auch bei der compensatio nicht deren eigenthümliches Wesen, sondern nur unsere deutschrechtlichen Prozeßgrundsätze die Lehre geben. Die Gleichheit der Prozeßgrundsätze, die auf alle Einreden Anwendung leiden, sind es also lediglich, welche hier entscheiden.

§. 41.

f) Muß die Foderung mit der res retinenda connex seyn? Autoritäten dafür und dagegen. Begriff der Connexität.

Die Antwort auf die hier zu beurtheilende Frage war es vor Allem, welche dem Requisite der Foderung Gelegenheit bot, zu Gunsten des Retentionsrechtes am Eroberungslustigsten Raum gewinnen zu wollen. Jede gültige Foderung desjenigen, welcher des Schuldners Gut in Händen hatte, schien die Rücksicht begehren zu können, daß sie befriedigt werden müsse, ehe die

8) Thibaut System. §. 224. Glück Com. Br. 15. S. 124. Sintenis Pfandr. §. 5. S. 23. v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 169. Num. 4. Mühlenbruch Lehrb. §. 136. scheint zwar anderer Meinung zu seyn; allein seine Beziehung in Note 5. auf die Grundsätze über Compensation in §. 471, und die dort in Not. 11. von ihm angezogenen Schriftsteller belegen es, daß er in der That auch nur der oben referirten Ansicht im Wesentlichen beistimmt. Diese Schriftsteller entwickeln ihre Ansicht, daß die Compensation Liquidität der Foderung nicht verlange, im Wesentlichen aus denselben deutschrechtlichen Prozeßgrundsätzen, aus denen die oben für das Retentionsrecht gegebene Entscheidung fließt. Linde Lehrb. des Prozesses §. 224. Not. 4. Martin Lehrb. des Prozesses ed. 11. §. 173. Not. x) k). Auch Schweppe a. in Not. 7. a. O. ist in der That nur der hier vertheidigten Ansicht. Vergl. hieher noch Krug Compensation §. 89—93. besonders §. 92. u. §. 14. S. 40. 41.

Pflicht der Rückgabe des fremden Gutes mit Wirkung verfolgt werden könne, ganz gleichgültig, ob zwischen dieser Foderung und dem fremden Gute irgend ein Beziehungsverhältniß vorhanden sey oder nicht. Daß eine solche Folge jeder Schuldpflicht in den Fällen ihrer Anwendung oft sehr unbillig und hart erscheinen mußte, ist begreiflich. Die Pflicht eines debiti umschloß dann nicht blos ihren Inhalt; sie führte zugleich auch für den Schuldner den Nachtheil des Entbehrens seines Eigenthums im Geleite, wenn dasselbe sich zufällig in dem Besitze des Gläubigers befand. Es konnte dieses zu den unbilligsten Verhältnissen Veranlassung geben. Um der geringsten Schuld willen, deren Befriedigung nicht möglich war, konnte der Gläubiger eine Sache vom größten Werthe retiniren, und dadurch leicht dem Schuldner unersetzliche Verluste zuziehen. Daß eine Schuldforderung über die Grenzen ihres Inhaltes hinaus regelmäßig so ausschreitende Befugnisse ertheile, mußte darum Bedenken erregen; ein solches Bedenken würde jedoch vergeblich ergriffen seyn, wenn in den Gesetzen jene Rechte begründet wären. Es galt daher, die Antwort auf solche Zweifel aus den Gesetzen zu erholen. Als dem Resultate dieser Forschungen nun begegnen wir zwei Meinungen unter den Rechtsgelehrten, welche einander völlig gegenüberstehen. Die eine Meinung [1]) glaubt gesetzlich erkannt zu haben, daß das Retentions-

1) *Richter* I. l. th. VI. u. XVII. in fin. *Althusius* l. l. n. 1. sq. *Schotten* (Lodeking) l. l. §. 2. S. 7. in fin. *Gail* Lib. II. obs. 12. n. 5 6. *Don. Doering* de jur. ret. §. 3. not. g. *Baldus* in l. ult. C. commod. *Molgnotus* l. l. qu. 199. *Neguzant* de pignor. et hypoth. P. 5. pr. membr. 4. *Colerus* de proc. exec. P. I. cap. 2. num. 241 sq. *Ant. Faber* in Cod. Lib. 8. tit. 15. def. 5. num. 3. *Mevius* dec. P. II dec. 214. *Brunnemann* decis. cent. 4. dec 11. num. 1. *Klock* Vol. II. cons. 21. n. 78. *Carpzov.* P. II. C. 25. def. 24. num. 1. 2. u. decis. 66 n. 2. *Stryk* us. mod. Lib. 16. tit. 2. §. 18. *Leyser* spec. 175. med. 5. *Cramer* Tom. I. obs. 305. und in den Wetzlarischen Beiträgen P. IV. num. XIII. *Müller* obs. ad Leyser. T. II. fasc. I. obs. 368. *Boehmer* l. l. §. 9—14. *Mevius* ad jus Lubec. Lib. I. tit. V. art. 13. p. 3. 4. *Heisler* l. l. §. 29. —31. col. §. 21. Schol. *Ranft* l. l. §. 8. *Schnorr* l. l. §. 11. v. Bülow Abh. z. a. D. S. 221 sq. num. 4. Hufeland Lehrb. §. 1386. Glück Comm. Bd. 15. S. 125—130. auch Bd. 13. S. 465. u. not. 97.

recht regelmäßig nur dann statt finde, wenn die Foderung des Gläubigers mit der zu retinirenden Sache, wie man es nennt, connex sey; die andere Meinung dagegen [2]) hält diese Connexität nach den Gesetzen nicht für erfoderlich, sondern findet auf den Grund gesetzlicher Bestimmungen das jus retentionis ganz allgemein schon dann zulässig, wenn nur bei dem fehlerfreien Besitze der Sache eine gültige, gegen Gefahr zu schützende, Foderung existire. Diese letztere Meinung also würde jenes als unbillig geachtete jus retentionis für dennoch zuständig erweisen, wenn sie gesetzlich begründet seyn sollte. Daß durch des Gegners Willen, also bei dem jus retentionis, welches durch Vertrag oder Testament entsteht, die Sache anders und zwar willkührlich geregelt werden könne, giebt man sich gegenseitig zu. Man sehe Faselius Retentionsrecht §. 23. und *Muller* ad Leyser obs. 368. Tomi II. u. a. Wir wollen uns jetzt damit beschäftigen, beide referirten Meinungen zu prüfen. Ehe wir jedoch hierzu schreiten, wollen wir angeben, was man unter der Connexität der Foderung mit der res retenta zu verstehen hat. Man begreift darunter ein Verwandtschafts- oder Beziehungsverhältniß der Foderung zu der res retinenda [3]), dessen

ib. citt. scriptores. Seuffert Lehrbuch des Pandectenrechts. Würzburg 1825. Bd. 1. §. 104. S. 139. Not. 7. Mackeldey Lehrbuch des R. R. ed. 10. 184. v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 169. Fritz Erläuterungen dazu. Heft I. S. 219. Mühlenbruch Lehrb. §. 136. Weber Erörterungen der Pandecten nach Hellfeld zu §. 937. Bethmann Hollweg üb. Compensation im Rhein. Museum. 1. Jahrg. Heft 4. S. 259. 260. Thibaut Syst. §. 224. H. Fraben Erörterungen einzelner Lehren des röm. Rechts, Ein Commentar zu Thibaut Syst. ed. 8. Stuttgart 1836. zu §. 224. u. a.

2) *Lauterbach* l. l. §. 23. *Schifordegherus* disp. for. ad Fabrum l. 1. tract. 1. q. 3. 4. 13. *Hoefer* (Dorn.) de jur. ret. in concursu credit. §. 7—11. *Barger* oecon. jur. L. III. tit. 15. §. 4 not. 9. *Franzius* Lib. IV. resol. 8. nom. 23 sq. *Ludovici* l. l. (s. d. folgenden §. 42.) *Kanne* de compens. et retent. in concurso creditor. §. 5. *Schmidius* l. l. §. 16—22. Faselius §. 22. (nachdem er §. 21. die gegentheilige Meinung vortrug). Schweppe röm. Privatr. §. 183 d. S. 407.

3) *Ludovici* l. l. §. 7. col. §. 18. „connexa causa est, si causa re-

Entstehung jedoch, wie wir weiter unten sehen werden, von den Rechtslehrern wieder auf verschiedene Weise angegeben wird. Der mehrern Deutlichkeit halber für die folgenden Entwickelungen bitte ich meine Ansicht, wodurch die fragliche Connexität entstehe, unten im §. 45 und 55. nachzusehen.

§. 42.

Fortsetzung.

Die Gründe der verneinenden Meinung.

Am ausführlichsten finden wir diese Gründe der verneinenden Meinung zusammengestellt in *Ludovici* diss. de jure retentionis ex diversa etiam causa competente. Halae 1748. in *Schmidius* diss. de iis, quae ad exercendum jus retentionis necessaria sunt. Jenae 1785. §. 16 bis 22. in Faselius Retentionsrecht. 2te Auflage. Halle 1793. §. 22. und Schweppe römisch. Privatrecht ed. IV. §. 183 d. S. 407. Wir wollen diese Gründe einzeln angeben, um das Feld des Meinungskampfes gehörig zu übersehen.

Ludovici, nachdem er Gegengründe zu widerlegen sich beschäftigt hat, nennt folgende gesetzliche Belege für seine Meinung: a) die l. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse. 8, 27. in welcher das jus retentionis unbestreitbar für nicht connexe Foderungen gestattet worden sey. Ludovici erblickt in dieser lex sogar die Erlaubniß, das Retentionsrecht für eine nicht connexe Foderung auszuüben, wenn auch das vinculum pignoris nicht vorhergegangen sey. In Widerspruch mit *Ant. Faber* in Cod. L. 8. tit. 15. def. 5. und *Carpzov* p. 2. c. 25. def. 26. behauptet er, die l. un. C. cit.

tentionis ipsi rei quae detinetur, inhaeret, non connexa, si neutiquam inhaeret.“ *Carpzov* l. l. def. 24. num 1. *Gail* l. l. num. 5. *Schmidius* l. l. §. 13. „creditum connexum, id est, ut intuitu causae, ex qua res possidetur, sit ortum. Nam tunc creditum ipsam rem quasi afficit etc.“ Faselius a. a. O. §. 15. nennt die Connexität „eine Verbindung der Foderung mit dem Gegenstande des Retentionsrechts,“ ebenso *Boehmer* l. l. §. 9. „einen nexum debiti cum re retinenda“ und auf gleiche Weise definirt sie Glück l. l. S. 125.

setze ein solches vorausgegangene vinculum keinesweges voraus, sondern erwähne nur neben der retentio ex causa pignoris noch der an sich erlaubten retentio ex diversa (non connexa) causa; b) die l. 1. Cod. si aliena res pignori data sit. 8, 16. enthalte offenbar ein jus retentionis ex diversa causa, da der procurator kein jus pignoris habe, und die versio in rem allgemein, nicht etwa als in domum ipsam geschehen, von der lex erwähnt sey; c) nicht minder rede die l. 26. §. 4. D. de condictione indebiti, 12, 6. von einer retentio ex causa diversa, indem in dem Fragfalle kein Pfandrecht und keine Verwendung des Inhaltes der Foderung zu Gunsten des fundus, überhaupt keine Verbindung des debiti mit der res das jus retentionis unterstütze; d) der Satz der Billigkeit, demjenigen, welcher keine Klage de lege besitze, doch mindestens eine exceptio retentionis zu geben, — arg. l. 51. D. de cond. indeb. 12, 6. u. l. 1. pr. D. de pignor. 20, 1. — passe ebenso zur Unterstützung des jus retentionis ex diversa, als connexa causa, so wie auch, e) daß rem retinere arg. leg. 59. in f. D. de furtis, 47, 2. vortheilhafter sey als mittelst Klage sich zu helfen, und daß arg. l. 156. §. 1. D. de reg. jur. 50, 17. demjenigen, welchem eine Klage zustehe, noch viel mehr auch ein Einrede zukomme, wiederum ebenso für das Retentionsrecht aus diverser wie connexer causa streite.

Schmidius und Fafelius wollen das Retentionsrecht ex non connexa causa dann gestatten, wenn eine gegründete liquide Foderung gefährdet erscheint, mindestens außerdem nur mit Weitläuftigkeiten und Beschwerden zu erlangen seyn würde, und nicht mehr als der Betrag der Foderung retinirt wird, auch die res retenta auf erlaubte Art in des Gläubigers Hand gekommen ist. Während Fafelius nur auf die Billigkeit der Gestattung eines solchen Retentionsrechtes sich beruft, fügt Schmid den Gründen des Ludovici noch folgende hinzu: f) die l. 31. §. 1. D. depositi vel contra 16, 3. nöthige den Grundsatz zu ehren, banc esse justitiam probandam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae justiore

repetitione, daher das fremde Gut bei vorhandener Gefahr des Verlustes der Foderung gegen den Eigenthümer wohl nicht mit Unrecht retinirt werden dürfe; g) das jus naturae fodere causam connexam zur Ausübung des Retentionsrechts nicht [1]), und das jus civile habe dies nicht geändert arg. l. un. C. etiam ob chirogr. pec. 8, 27. — l. 26. §. 4. D. de cond. ind. 12, 6.; h) das jus retentionis sey nur Besitzvertheidigung, und des Besitzes dürfe niemand ohne causae cognitio entsetzt werden, der Retinent aber, welcher auf Restitution der Sache belangt werde, schütze sich in judicio mit der exceptio juris retentionis wie mit jeder andern Einrede; obendrein genieße die exceptio retentionis vor andern Einreden noch Begünstigung; i) es sey doch offenbar zu unbillig, bei Gefahr des Verlustes der Foderung des Schuldners Sache noch aus den Händen geben zu sollen; liege keine solche Gefahr vor, dann sey das jus retentionis ex causa diversa allerdings nicht zu gestatten; einem Bürgen, welcher den überschuldeten Schuldner schuldfrei gemacht habe, sey darum mit Recht das Retentionsrecht an des Schuldner Sachen zuzugestehen [2]); k) der usus forensis gestatte auch in vielen nicht connexen Fällen das jus retentionis, z. B. den Dienstboten die retentio habitationis bis zur Bezahlung des Dienstlohnes [3]) und demjenigen, welcher zum Leichenbegängniß eines Schülers Geld vorgeschossen, die retentio librorum, wenn andere Dinge nicht auslangten, bis zur Wiedererstattung des Geldes [4]).

Schweppe lehrt: „Ohne Connexität galt die Retention ursprünglich wohl nicht, ebensowenig als die Compensation ex dispari causa, allein im neuern Rechte muß man die Retention auch ohne Connexität zulassen, 1) weil die Compensation auch ex dispari causa zugelassen ist, und Compensation und Reten-

1) *Heisler* l. l. §. 21.

2) *G. Ad. Struv* diss. de jure retentionis membr. III. num. 7. Jenae 1653.

3) *Carpzov* p. 2. c. 25. def. 22. *Struv* l. l. membr. 3. num. 46.

4) *Menoch* de recup. poss. remed. XI. num. 11 sq.

tion gleichen Grundsätzen folgen, 2) weil wegen einer Reconvention, welche doch mit der Vorklage höchstens nur formell connex ist, die Retention zugelassen wird, 3) weil sogar eine dos, solange dabei überhaupt Retention galt, nicht blos wegen impensae, sondern auch wegen res donatae und amotae retinirt werden konnte und, 4) weil ein dem Retinenten zur Sicherheit überliefertes Pfand auch wegen einer andern, als der Pfandforderung retinirt werden darf. Nur eine einzige Stelle, die l. 5. C. in quib. caus. pign. tacite. 8, 15., scheint Connexität zu fodern, sie ist aber zu unbestimmt, besonders hinsichtlich der Art, wie der Retinent in Besitz kam, um einen Grundsatz anzuerkennen, welcher alles wider sich hat. Auch das canonische Recht erlaubt dem Spoliaten alles, was er von dem Spolianten in Händen hat, bis zur Restitution des Spolium vorzuenthalten. Vollends wird in der Praxis auf das Erforderniß der Connexität wenig streng gehalten."

§. 43.

Fortsetzung.

Die Gründe der bejahenden Meinung.

Außer dem in §. 41. angeführten Grunde der Unbilligkeit, dem Andern sein Eigenthum vorzuenthalten [1]), hat man folgende gesetzliche Gründe für das Requisit der Connexität der Foderung mit der res retinenda angeführt. *Colerus* (l. l. in §. 41. Note 1.) hat dafür citirt leg. 5. vers. manebit igitur maritus in rerum detentione, donec ei satisfiat de impensis D. de impens. in res dot. fact. 25, 1. leg. 14. D. de dol. exc. 44, 4. leg. 20. vers. quodsi rationabilis causa sit non reddendi. D. de adq. poss. 41, 2. *Boehmer* (ib. cit.) stützt seine Meinung darauf, daß alle Gesetze über Retentionsrecht mit Ausnahme eines einzigen, der l. un. Cod. etiam chirograph. pecun. 8, 27., Fälle der fraglichen Connexität enthalten, ferner daß die römischen Juristen das Retentionsrecht wegen mangelnder Con-

1) Man sehe u. a. *Schmidius* l. l. §. 13. princ. *Leyser* spec. 175. cit. med. 5.

neritat ausdrücklich verſagt hätten, was geſchehen ſey in lege 5. D. de dote praelegata. 33, 4. in lege 5. Cod. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrahitur 8, 15. in lege 4. Cod. de commodato, 4, 23. (da unter dem Worte „debiti“ in lege 4. ganz allgemein ein debitum, was aus einer andern als dem Commodatverhältniſſe verwandten causa debendi herrühre, nicht aber etwa auch das debitum ob expensas necessarias gemeint ſey, wie auch aus dem Zuſatz „non probabiliter“ hervorgehe, indem die retentio ob impensas necessarias in rem von den Geſetzen als eine probabilis causa angeſehen werde) und in lege 11. Cod. deposi 4, 34. (da auch hier nur die retentio ex alia causa, nicht aber die retentio ob necessarias impensas als verſagt zu betrachten ſey). Dieſelben Gründe nur ſind es, auf welche alle oben in §. 41. Note 1. citirten Schriftſteller ihre Meinung mehr und weniger ſtützen.

§. 44.

Fortſetzung.

Beurtheilung der Gründe beider Meinungen.

a) der verneinenden.

Gegen den aus l. un. Cod. 8, 27. von den Anhängern der verneinendrn Meinung entlehnten odrn §. 42. unter a) angeführten Grund hat *Boehmer* l. l. §. 12. Not. z., zugebend, daß es ſich darin allerdings um einen Retentionsfall aus nicht connexer Causa handele, erinnert: die Ausdehnung des dem Pfandrechte inwohnenden jus retentionis aus Billigkeit auf vom Pfandrechte nicht mit begriffene Foderungen ſey ein jus singulare, eine exceptio speciali sanctione constituta, woraus ſich die allgemeine gegen Connexität ſprechende Regel nicht formiren laſſe. Ferner habe ich zu entgegnen: die Anſicht, die lex ſetze ein vorausgegangenes vinculum pignoris nicht voraus, ſondern gebe ihre Entſcheidung aus allgemeiner, Connexität angeblich nicht fodernden, Rechtsregel hat vorerſt die Geſetzesworte „at si in possessione (pignoris, pignorati fundi) fueris constitutus“ und „cujus nomine ea pignora obligaverant,“ welche auf das

bestimmteste die obligatio und possessio pignoris als causa praecedens für die Geltendmachung des fraglichen Retentionsrechtes voraussetzen, entschieden gegen sich; sodann wird sie von dem Vorwurfe der Verschuldung einer petitio principii getroffen, da eben durch die l. un. cit. jene angebliche allgemeine Rechtsregel erst erwiesen werden soll und will. Gegen die §. 42. unt. b) und c) erwähnten Gründe bemerkt *Boehmer* l. l. mit Recht, daß sowohl die l. 1. Cod. als l. 26. §. 4. D. cit. Retentionsfälle ex connexa causa enthalten, wie wir später ausführlich darlegen werden. Die §. 42. unt. d) und e) noch referirten Gründe erklären die als bestehend nachgewiesenen Retentionsrechte, sind aber sicherlich nicht vermögend, solche Rechte, welche das Gesetz nicht constituirte, zuzulassen, da nicht Alles auch Recht ist, was für billig angesprochen wird. Hätte das jus retentionis ex connexa causa keine kräftigeren Stützen, so würde man es aus diesen Rücksichten auch nicht für zuständig annehmen können. Sodann sind auch diese allgemeinen Sätze, „wo keine Klage, doch mindestens eine Einrede," und „wo eine Klage, darum um so mehr noch eine Einrede" allbekannt nicht ohne Ausnahmen, da es in jure der Fälle genug giebt, wo weder Klage, noch Einrede zugelassen wird, und wo, wenn auch eine Klage zusteht, doch nicht auch gerade die oder jene bestimmte Einrede deshalb zuzulassen ist. Immer würde demnach erst noch nachzuweisen bleiben, ob gerade die exceptio retentionis zugelassen erscheine. Aehnliches spricht auch gegen den §. 42. unt. f) weiter berührten Grund. Allerdings soll niemand de jure um das Seinige kommen; auch darf gegen Gefahr des Verlustes sich geschützt werden; ob aber zu diesen Zwecken das Mittel des Retentionsrechtes gegeben sey, ist wieder petitio principii; in jure heiligt der Zweck keineswegs alle Mittel. Was ferner zu g) daselbst das Naturrecht gestatten soll, vermag im gesetzlichen Rechtsgebiete, welches durch l. un. C. u. l. 26. §. 4. D. cit., wie wir schon bemerkten, nicht Gleiches zum Recht erhoben hat, nicht zu entscheiden, sowie auch der Grund unt. h) ganz gehaltlos ist, da er, von lauter petitionibus principii ausgehend, erst zu er-

weisen haben würde, daß jeder Besitz durch das jus retentionis vertheidigt werden dürfe, und dieses jus die Begünstigung, nach Belieben der Herrn Doctoren zulässig zu werden, gesetzlich zugetheilt erhalten habe. Die Beziehung auf Billigkeit und usus forensis unter i) und k) ebendaselbst ist eine vage Stütze; die Gegner basiren ihre gegentheilige Meinung auch auf Billigkeit und, was noch mehr sagen will, auf das Recht, sein Eigenthum zu verlangen. Ein usus fori vermöchte vorerst, wenn er gehörig nachgewiesen würde, nur für die Gerichte Recht zu schaffen, die ihn beobachteten; sodann kann ein Gerichtsgebrauch hier, wo wir, was die Gesetze bestimmen, nicht was aus Mißverständniß derselben etwa gehandhabt worden ist, entwickeln wollen, in gar keine Beachtung kommen. Enthalten die Gesetze wirklich die Vorschrift der connexa causa als Bedingung des Retentionsrechtes, so wird ein ihnen widerstreitender Gerichtsgebrauch gegen sie nicht viel vermögen; auch sollte es wohl schwer werden, einen allgemeinen usus fori zu Gunsten der, Connexität nicht fodernden, Meinung nachzuweisen, da zu allen Zeiten die gegentheilige Meinung sehr viele und wohl noch mehr Anhänger unter den Rechtslehrern, gezählt hat.

Mit den Schweppeschen Gründen scheint mir es nicht besser bestellt zu seyn. Gegen den Schluß aus Grundsätzen über Compensation habe ich oben §. 8 u. 9. schon das Nöthige erinnert; ferner die prozessualische Wirkung der Reconvention auf die Convention begründet bei der großen Verschiedenheit der Verhältnisse zwischen ihr und dem civilrechtlichen Institut des jus retentionis keinen Normgebenden Schluß, denn die prozeßrechtlichen Hemmnisse des Vorschreitens im Prozeßwege ruhen unwidersprechlich auf ganz anderer Basis, als die privatrechtliche Befugniß der Retention; auch reden die von Schweppe dafür angezogenen Gesetze, — die l. 6. Cod. de compensationibus 4, 31. (vergl. mit l. 8. Cod. eod.) und l. 1. Cod. rer. amot. 5, 21. —, in der That nur von dem Rechte der Compensation [1]). Merkwür-

1) Man vergleiche *Brunnemann* ad l. 6. 8. c. 4, 31. u. l. 1. Cod. 5, 21.

dig ist übrigens hinsichtlich dieses Grundes für retentio ex *non* connexa causa, daß Schweppe diese Fälle bei der Reconvention, auf derselben Seite seines Lehrbuches zu den Fällen der retentio ex *connexa* c. zählt. Was sonst wegen der retentio dotis galt, entscheidet jetzt nach Aufhebung solcher Vorschriften nicht mehr; sodann ist nicht mit Bestimmtheit zu entnehmen, ob die l. un. §. 5. Cod. de rei ux. act. 5, 13. u. Ulpian. fragm. tit. 6. §. 9. nicht mehr von compensatio und deductio, als von eigentlicher retentio zu verstehen sind, da mindestens in der erwähnten retentio ex dote entschieden auch, und wohl vorzugsweise die compensatio und deductio mit begriffen ist und ganz besonders arg. l. 5. D. de dote praeleg. cit. der aus l. un. §. 5. Cod. 5, 13. gezogene Schluß sehr bedenklich werden muß [2]); ferner kann aus singulären Verhältnissen zwischen Eheleuten wohl kein Schluß über das, was in andern Verhältnissen gegolten haben mag, gezogen werden. Jeden Falles gehörten die retentiones ex dote zu den gesetzlich gestatteten Retentionen, daher von ihnen gilt, was ich später über die Retention ex lege un. C. etiam ob chirogr. pec. 8, 27. und andere ähnliche Retentionen sagen werde. (Man sehe §. 45 u. 69.) Die retentio ob impensas war von jeher eine connexe und die retentio propter liberos bestand in einem gestatteten Abzug an der dos; die Befriedigung ihrer Foderung war also selbst auf das objectum retentionis verwiesen, die Foderung demnach eo ipso mit der dos in Connexion gebracht. Aehnlich verhielt es sich auch mit der retentio ob mores, und in der That auch nicht anders mit der retentio ob res donatas und amotas; auch ihre Foderungen sollten sich an der dos Befriedigung erholen. Aehnlich wie bei der Reconvention ist es mit der prozeßrechtlichen Wirkung der exceptio spoli, deren in odium spoli bestimmte Grundsätze überall keiner Generalisirung fähig sind. Der Schluß aus l. un. Cod. 8, 27. und dem Gerichtsgebrauche wurde schon abgefertigt.

---

2) *Cujacius* recitationes solemnes in Cod. Lib. V. tit. 13. ad §. Tacsat. *Buchmer* l. l. §. 13.

b) Der bejahenden Meinung.

Wenn Ludovici l. l. §. 26. gegen den Schluß aus l. 5. pr. D. de impens. in res dot. 25. 1. erinnert: daß retentio nur ex connexa causa zuläſſig, ſtehe nicht zu entnehmen, auch ſpreche die Folge des Geſetzes vers. „proinde dis imminuent dotem“ nicht vom jus retentionis, ſondern von dem Abzuge an dem Werthe der äſtimirt übergebenen, alſo dem Ehemanne käuflich zugekommenen Dotalſachen, ſo muß man ihm beipflichten. Daß auch ex lege 14. D. 44, 4. kein Verbot der retentio ex diversa causa hervorgehe, gebe ich ihm (l. l. §. 27.) ebenfalls zu. Gegen ſeine Erinnerung wider l. 20. D. 41, 2., daß auch in ihr nichts, der gegentheiligen Meinung Nützliches enthalten ſey, antwortet *Boehmer* l. l.: die in ihr und in lege 12. D. de vi et vi arm. 43, 16. erwähnte justa et rationabilis causa non reddendi rem commodatam vel locatam ſey keine andere, als das jus retentionis ob debitum connexum jure agnitum [3]). Schlagend kann ich jedoch mit Ludovici beide Stellen dennoch nicht finden; ſie ruhen auf der petitio principii, daß den Geſetzen nach eben causa connexa zu fodern ſtehe. Aehnlich verhält ſich die Sache offenbar auch hinſichtlich der l. 11. Cod. depos. 4, 34. u. l. 4. Cod. de commodato. 4, 23 [4]); es tritt

3) *Hezeler* l. l. §. 30. *Dan. Nettelbladt.* de deposito irregulari. §. 67. 68.

4) *Boehmer* l. l. ſagt: Voce debiti (in l. 4. C. cit. 4, 23.) generaliter utuntur Imperatores, more veteribus recepto, quo voce debiti absoluta posita, designatur id, quod ex quacunque alia causa debetur, maxime cum id distinguitur ab alio negotio. — Id itaque volunt Imperatores ob debitum, ex *alia debendi causa* descendens, restitutionem commodati recusari non posse: nam ob expensas necessarias, in rem commodatam factas, eam recte recusari saepius constitutum est, neque id lege nova correctum; et tantum abest, ut illud *rescriptum Impp.* pro lege corrigente haberi queat, ut potius nec id ferre soleat rescriptorum ratio, nec ullam de ea Imperatorum mente indicium in eo contineatur. Quod vero ibidem additur, *nec probabiliter recusari* restitutionem commodati, hoc significat, id pro rato ac legitimo non esse habendum. Hac sensu *justa* ac *probabilis* causa accipitur. L. 3. 11. D.

auch noch hinzu, daß ein Verbot der retentio ex diversa causa hier seine ganz besondern, im Deposital- und im Commodat-Verhältnisse liegenden, Gründe haben könnte, ohne daß deshalb diese retentio als überall unzulässig betrachtet werden dürfte. Es ließe sich auch entgegnen, warum wäre es nöthig gewesen, die retentio ex diversa causa besonders zu verbieten, wenn sie an sich schon nicht gegolten hätte. Dieser Einwand verliert zu Gunsten der verneinenden Meinung freilich wieder dadurch seine Kraft, daß aus dem, was die römischen Gesetze ausdrücklich sagen, nicht immer zu schließen ist, es habe sich außerdem nicht schon von selbst verstanden; denn vieles wird bei vorkommender Veranlassung, bei Entwickelung der Grundsätze hinsichtlich eines Rechtsinstitutes als gültig erwähnt, ohne die Absicht, eine neue Vorschrift zu geben. *Boehmer*[1] l. l. behauptet, daß dieses bei l. 4. C. commod. u. l. 11. C. depos. der Fall gewesen sey, ausdrücklich. — Wenn aber endlich Ludovici l. l. § 31. gegen die l. 5. Cod. 8, 15. einwendet, diese lex versage ja selbst in einem connexen Falle die retentio, da ja zwischen dem debito pensionum und den invectis und illatis darum Connexität statt fände, weil sie ex eadem causa herrührten, so kann ich ihm nicht beipflichten. Sowohl diese lex, wie auch die l. 5. D. 33, 4. ist mit Böhmee u. a.[5]) von Gesetzesfällen zu verstehen, worin die retentio rei ex diversa causa versagt wurde. Der condu-

---

od exhibendum. Quod usque ad *probabilem* quantitatem permittitur, idem est ac usque ad licitum. L. 1. §. 12. D. de extraord. cognit. *Minus probabilis* sententia, quam aequo animo ferre debet compromittens, est iniqua sententia. L. 27. § 3. D. de receptis. Wer kann hierin die petitio principii verkennen?

5) *Ranft* l. l. §. 8. S. 25. *Müller* ad Leyser. l. l. Puchta über gerichtl. Klagen in Streitigkeiten der Landeigenthümer. Gießen 1833. behauptet auch §. 139. in fin. Not. h. S. 364., der Verpächter eines Landguts habe das jus retentionis an den invectis und illatis des Pächters; allein aus seinen dafür angezogenen Stellen l. 9. D. 20, 2 u. l. 1. pr. §. 1. 4. D. 43, 32. geht dasselbe nicht hervor, da sie offenbar vom Vermiether eines praedii urbani reden. Glück Com. Bd. 18. S. 423 sq. d. Wening Ingenheim a. a. O. III. B. §. 302.

ctor fodert die invecta und illata keinesweges aus dem Pacht-Vertrage, ſondern, weil ſie ſein Eigenthum ſind, und begehrt ſie vom locator nicht qua locator, ſondern qua possessor. Die erpachteten Früchte ſind wohl eine mit der Pachtgeldfoderung connexe res, nicht aber die übrigen Habſeligkeiten des Pachters. Im §. 45. wird dieſes Alles mehr noch in das Licht treten. Willkührlich iſt die Annahme des Ludovici, in lege 5. cit. ſey nur von einem illiquiden debito pensionum die Rede; zu dieſer Annahme bietet der ganze Zuſammenhang des Geſetzes keine Veranlaſſung (abgeſehen davon, daß die Illiquidität die retentio nicht mehr hindern könnte), denn die Verweiſung zur Einhebung der nachzuweiſenden Foderung mittelſt Klage iſt blos des Geſetzgebers Rath, was für die ſtatthafte Foderung zu thun ſey, weil die retentio unbedingt in den verbis legis decisivis abgeſprochen worden iſt. Die Worte der l. 5. D. cit. belegen es ohne Weiteres, daß ſie eine retentio ex diversa causa verbieten.

§. 45.

Fortſetzung.

Beantwortung der Frage des §. 41.

Urſprüngliche und poſitive Connexität.

Für die Entſcheidung der Frage, ob die Foderung, für welche retinirt wird, mit der zu retinirenden Sache conner ſeyn müſſe, muß ich auf einen bisher noch nicht geltend gemachten Unterſchied, welchen die geſetzlichen Fälle des Retentionsrechtes ex causa connexa anbieten, aufmerkſam machen. Wir haben Fälle des Retentionsrechtes in den Geſetzen, bei denen die Verwandtſchaft und Beziehung der Foderung zu der res retinenda, die Verbindung zwiſchen beiden, welche wir Connexität nennen, ſofort gleich urſprünglich mit der Foderung und durch dieſelbe und zwar noch obendrein in der Weiſe entſteht, daß die Sache ſelbſt die mittelbare oder unmittelbare Veranlaſſung der Foderung iſt. Eine ſolche Connexität enthalten die Geſetzesfälle der Retention wegen Aufwände, welche auf die res retinenda oder in Beziehung auf dieſelbe gemacht worden ſind, ferner die

die Fälle der Retention für eine aus demselben Rechtsverhältnisse entstandene Foderung, aus welchem die Pflicht zur Rückgabe der Sache resultirt, und die Fälle der Retention wegen einer durch die Sache erzeugten Foderung. In allen diesen Fällen, hinsichtlich deren Details ich auf die Ausführungen in §§. 55.—72. verweise, entsteht augenfällig die Beziehung der Foderung zu der Sache sogleich mit der Foderung. Verwende ich zu Gunsten der Sache, etwa zu deren Erhaltung mein Geld, oder löse ich mit meinem Gelde des Dritten verpfändete Sache ein, bezahle ich als Bürge die Schuld, welche auf des Hauptschuldners Vermögen lastet, oder hat mir des Dritten Sache einen Schaden zugefügt, so ist es nur die Sache, welche die Veranlassung zur Foderung wurde, indem durch und in Beziehung auf sie Leistungen hervorgerufen, oder durch sie Foderungen erregt worden sind. Es hängt nicht von dem Willen der Betheiligten oder von der Bestimmung der Gesetze ab, ob in solchen Fällen eine Verbindung zwischen Foderung und Sache eintreten soll; diese Verbindung tritt mit der Foderung von selbst ein und ist darum eine die Natur der Foderung selbst begleitende Eigenschaft. Durchgehen wir nun aber die Gesetzesfälle der Retention noch weiter, so werden wir auf Fälle stoßen, bei denen ursprünglich zwischen der Foderung und der res retinenda nicht die mindeste Verbindung statt findet, diese Verbindung vielmehr entweder nur durch ausdrückliches Gesetz oder den Willen der betheiligten Personen *positiv* geschaffen wird, indem der res eine Einwirkung zu Gunsten der Foderung ausdrücklich zugewiesen worden ist, ohne welche also eine Connexität zwischen debitum und res gar nicht vorhanden gewesen seyn würde. Hieher gehören die Fälle der Retention in l. 1. pr. D. de pignoribus. 20, 1. lege 26. §. 4. D. de condict. indeb. und selbst der Fall der l. un. Cod. etiam ob chirograph. pec. 8, 27. ferner die Fälle des vertragsmäßigen Retentionsrechtes, und eben so die alten retentiones ob liberos, mores, res donatas und amotas, indem sie eine Befriedigung ihrer Foderungen verfolgen, welche positiv an die dos dergestalt verwiesen worden war, daß bei unterlassener retentio auf andere

Weise, etwa mittelst Klage, Befriedigung gar nicht mehr erholt werden konnte. Die positiv geschaffene Connexion kann also hier gar nicht verkannt werden. Auch liegen die Gründe zu einer solchen Schöpfung gar nicht so fern, da gewiß die Billigkeit wie das Recht dafür sprach, an einer Sache sich zu erholen, welche ursprünglich für die Folgen der Ehe mit haften sollte, und zum Theil selbst verwirkt erschien. Hieher würde auch die Retention wegen eines Pfandrechts gehören, wenn sie als Fall unseres eigentlichen jus retentionis betrachtet werden könnte (s. oben §. 4.); allein einen Beleg für meine Unterscheidung bildet sie immer, da sie einen solchen Fall enthält, welcher, wenn er nicht schon durch besondere Rechte eigenthümlich ausgebildet und in die Sphäre eines andern Rechtsinstitutes herübergezogen wäre, ein jus retentionis begründet hätte. (S. oben §. 4. zu Ende und die l. 59. pr. D. ad Senat. Consult. Trebell. 36, 1. l. 2. C. de praetor. pign. 8, 22. auch l. 34. D. de domno inf. 39, 2. l. 6 u. 9. D. in quib. caus. pign. 20, 2. welche zeigen, wie die retentio Theil des Pfandrechtes ist). Inwiefern die l. 1. pr. D. cit. u. l. 26. §. 4. D. cit. hieher zu beziehen sind, habe ich unten §. 68. entwickelt. Daß nun aber auch das durch l. un. C. cit. 8, 27. geschaffene Retentionsrecht ein jus retentionis solcher positiven Connexität sey, wird niemand zu widersprechen vermögen, da der Gesetzgeber, indem er das jus retentionis am Pfandobjecte auch wegen nicht im Pfandrechte begriffener Foderungen ertheilte, ausdrücklich bestimmt hat, es solle nicht blos zwischen dem Pfandobjecte und der Pfandschuld, sondern auch zwischen jenem und noch andern Foderungen des Pfandgläubigers gegen den Pfandschuldner eine auch zu Gunsten dieser letztern Foderungen wirkende Verbindung eintreten, ganz auf ähnliche Weise, wie in lege 1. pr. D. de pignor. u. lege 26. §. 4. D. de cond. ind. die als Pfand nicht gültige Sache und der nicht gültig in solutum gegebene fundus, welche beide Gegenstände offenbar ursprünglich nicht im mindesten eine Beziehung zu den in Frage befindlichen Foderungen gehabt haben, nach des Gesetzes Ausspruch zu Gunsten der fraglichen Foderungen eine Einwirkung gewinnen sollen.

Ein Anderes ist, nach den Gründen zu forschen, aus denen der Gesetzgeber positiv diese Einwirkung schaffte, und ein Anderes, die geschaffene Einwirkung für die Quelle der Connexität zu erkennen. Unter solchen Umständen ist die l. un. Cod. 8, 27. nicht nur kein Beleg gegen das hier besprochene Requisit der Connexität, sondern nicht einmal eine Ausnahme von der Regel, vielmehr nur ein Beleg mehr dafür, jedoch ein Beleg des Inhaltes, daß es Fälle gebe, in denen das Gesetz die Connexität geschaffen hat, wo sie ursprünglich zwischen Foderung und res retinenda nicht vorhanden war. Wir müssen demnach, um klar und umsichtig bei der Frage nach der Connexität der Foderung das Urtheil geben zu können, scharf unterscheiden zwischen ursprünglicher und positiver Connexität.

Welche Motive den Gesetzgeber veranlaßt haben mögen, für eine im Pfandrechte nicht begriffene Sache nach l. un. Cod. cit. ein Retentionsrecht zuzusprechen, werde ich später (§. 69.) entwickeln. Die hier vorgetragenen Grundsätze stellen dasjenige, was ich vorhin §. 44. über die l. 5. Cod. 8, 15. wider *Ludovici* und hinsichtlich der l. 5. D. 33, 4. gesagt habe, in noch helleres Licht. Denn, wie erwähnt, ist zwischen den Habseligkeiten des Pachters und der Pachtforderung an sich keine Connexion; nur hinsichtlich der Früchte vom Pachtgute hat sie das Gesetz im Pfandrechte geschaffen, im übrigen aber die Nichtconnexität bestehen lassen, daher die l. 5. Cod. cit. so wie auch die l. 5. D. cit. mit Grund Belege dafür sind, daß, wo Natur der Sache oder positive Bestimmung Connexität nicht geschafft haben, ein Retentionsrecht nicht zulässig ist. Ich brauche wohl kaum zu Rechtfertigung des erstern Citates noch zu erinnern, daß hier nach §. 12. 13. von der Retentionsbefugniß bei dem Pfandrechte ein Schluß auf Retentionsrecht zulässig sey, da dort wie hier es sich nur um die Retention der Sache zu Gunsten der Foderung fragt, für welche, gleichgültig, ob sie bei dem pignus oder dem jus retentionis gehandhabt werde, als das Entscheidende hervortritt, daß wegen mangelnder sachlicher Connexion mit der Foderung jene Rückhaltung nicht erlaubt wird. — Die l. 30. D. de pignor. action. 13, 7. (s. §. 76.

lit. a.) ſcheint mir noch einen ſprechenden Beleg mehr für das Requiſit der Connexität zu enthalten. Sie giebt folgende Entſcheidung: „Wenn derjenige, welcher einem Flöſſer Geld geliehen hat, das Floß deſſelben, ſobald dieſer zur bedungenen Zeit nicht rückzahlt, eigenmächtig im Fluſſe zurückhält, ſo ſoll der Retinent, falls der plötzlich angewachſene Strom das Floß mit fortführt, den Schaden dem Flöſſer erſetzen; hat jedoch der Flöſſer die Retention des Floſſes geſtattet, ſo ſoll der Retinent jene *vis major* nicht tragen, ſondern nur ſein etwaiges Verſchulden zu präſtiren haben.“ Der Grund der letzteren, den Retinenten von der Tragung des Zufalls freiſprechenden, Entſcheidung iſt lediglich darin enthalten, weil durch das Retentionsrecht an dem Floſſe, welches durch Vertrag beſtellt worden war, und offenbar alſo zu den conneren Fällen, d. i. den Fällen poſitiver Connexität gehört, der Retinent des Floſſes nur erlaubte Befugniſſe ausübt, mithin in re licita verſirte, als er das Floß in flumine detinirte. Wäre nun nach römiſchen Rechten das Retentionsrecht überall, wo eine gültige Foderung und nicht vitiöſer Beſitz der Sache exiſtirt, geſtattet geweſen, ſo hätte ſich der Retinent des Floſſes auch im Falle der retentio ratis invito ratiario nur erlaubter Befugniſſe bedient gehabt, und Paulus hätte in l. 30. cit. ihm die Tragung der vis major nicht auflaſten können; er konnte es jedoch darum, weil in dieſem Fragfalle, wo zwiſchen der Foderung und der res retenta eine urſprüngliche Connexität nicht beſtand, nur dann das jus retentionis zuläſſig werden konnte, wenn durch Einwilligung des Schuldners zwiſchen der Sache und der Foderung eine Connexion geſchaffen worden war. Dieſe lex 30. belegt mithin das Requiſit der Connexität qu. augenfällig. Man kann nicht einwenden, der Beſitz des Floſſes im erſteen Theile der lex ſey ein vitiöſer geweſen, wie die Worte „sua auctoritate“ zeigten; denn dieſe Worte bezeichnen im Zuſammenhalt mit den ſpätern Worten „invito ratiario“ und im Gegenſatze mit den Worten des zwei-

ten Theils der lex „sua voluntate“ nur den Mangel der Gestattung von Seiten des Schuldners (und etwa auch des Richters), welcher bei der erlaubten Retention jure retentionis auch sich findet. Ferner kann nicht entgegnet werden, im erstern Theile der lex habe es sich um ein Besitzergreifen, nicht um ein Retiniren (s. oben §. 25.) gehandelt. Daß dieses nicht der Fall sey, documentiren die nachfolgenden Worte, „si invito ratiario *retinuisset*,“ und „ut *retineret*,“ die ja offenbar von retentio, also der Fortsetzung eines schon gehabten Besitzes, und nur von demselben Besitzstande sprechen, den das Gesetz im Anfang mit „detinuit“ bezeichnet. Auch hätte dann Paulus seine Entscheidung, der Gläubiger müsse im erstern Falle den casus tragen, so unbedingt nicht geben können, er hätte vielmehr den Fall, wenn der Gläubiger einen schon gehabten Besitz nur fortsetze (den Fall eines Retentionsrechtes ex diversa causa) ausnehmen müssen. Indem er dieses nun aber nicht that, so ist zu entnehmen, daß nicht die eigenmächtige Ergreifung, sondern die retentio possessionis in einem nicht connexen Falle ihm der Rechtsgrund für seine Bestimmung war.

Alle Gesetze, welche Retentionsrecht gewähren, enthalten dem Gesagten zu Folge nur Fälle der Connexität der Foderung mit der res retinenda, sey es nun, daß die Natur der Foderung oder positive Bestimmung die Connexität geschaffen haben. Es existirt dagegen kein Gesetz, welches allgemein den Grundsatz aufstellte, daß auch wegen nicht connexer Foderungen das jus retentionis gestattet sey; ein so allgemein lautendes Gesetz aber müßte existiren, sollte man für nicht connexe Fälle das Retentionsrecht für erlaubt halten dürfen, weil jedes Gesetz, welches ein solches Recht aus einer an sich nicht connexen causa nur in concreto zuläßt, immer nur das Gebiet der Fälle positiver Connexität vermehren wird, und darum, der für Rückgabe des fremden Eigenthumes sprechenden Rechtsregel gegenüber, zu dem Schlusse auf ein jus retentionis ex diversa causa überhaupt, noch keineswegs berechtigt. Man kann sagen, die Billigkeit, welche auf der einen Seite dafür spricht, daß der Schuldner das Seinige

zahle, wenn er das Seinige zurück haben wolle, und die rechtliche Billigkeit auf der andern, daß man dem Andern ſein Gut nicht vorenthalte, haben zur Ausgleichung der Rückſichten für dieſe und jene Billigkeit veranlaßt, das Retentionsrecht nur in ſolchen Fällen zu geſtatten, in denen entweder die Natur der Foderung auf eine Connexion derſelben mit der Sache hinwieß, oder in denen der Geſetzgeber oder Betheiligte es für billig betrachtete, dieſe Connexion poſitiv zu ſchaffen. Ueber das Gebiet dieſer Connexionen hinaus aber iſt die Retention nicht weiter zu geſtatten. Folge von dieſem Allen iſt alſo: zur Ausübung des Retentionsrechtes iſt die Connexität der Foderung mit der *res retinenda* ausnahmloſes Requiſit.

Abſchnitt III.

Entſtehung des Retentionsrechtes und deſſen Eintheilungen.

§. 46.

A) Entſtehung und Eintheilung des Retentionsrechtes nach ſeinem Rechtsgrunde.

Im §. 15. entwickelten wir, daß das Retentionsrecht nur als Ausnahme von der Regel, welche für die Rückgabe fremden Eigenthumes in den Geſetzen begründet ſey, ſich darſtelle; es wurde hierdurch der Geſichtspunct gewonnen, welcher uns nöthigte, für die Rechtfertigung einer ſolchen Ausnahme im §. 15. nach dem Rechtsgrunde ihrer Entſtehung zu fragen. Wir fanden dieſen Rechtsgrund §. 18. in der Geſtattung von Seiten deſſen, dem die res retinenda gehört und in geſetzlicher Vorſchrift. Die Geſtattung konnte ſowohl durch Vertrag als durch letztwillige Dispoſition gegeben ſeyn. Das Retentionsrecht wird demnach erworben: a) durch Geſtattung von Seiten deſſen, dem die res retinenda gehört, und zwar durch Vertrag oder letztwillige Dispoſition. b) durch geſetzliche Vorſchrift. Nach dieſen Verſchiedenheiten des das jus retentionis zuläſſig machenden Rechtsgrundes wird daſſelbe eingetheilt in *jus retentionis voluntarium*, das von dem Verpflichteten verwilligte, und in jus retentionis *legale*, das geſetzliche; das erſtere ſubdividirt man wieder in *jus retentionis conventionale* und *testamentarium* [1]).

1) *Richter* l. l. th. VII. *Boehmer* l. l. §. II. *Schmidius* l. l. §. 3.

Dieſe Bezeichnungen finden ſich zwar in den Geſetzen nicht, allein ſie ſind in der Natur der Sache begründet, da es als Beſonderheit auffallen muß, daß ſowohl der Wille des Betheiligten, als auch geſetzliche Vorſchrift das Retentionsrecht zuzutheilen vermögen, ohne Weiteres aber einleuchtet, wie verſchieden von der geſetzlichen Beſtimmung die Willkühr der Betheiligten das Retentionsrecht zu qualificiren vermöge, daher dieſe Eintheilung auch als eine nothwendige ſich anbietet. Fälle des geſetzlichen Retentionsrechtes ſind in großer Anzahl in den Geſetzen erwähnt, auch zeigt l. 30. D. de pignor. act. 13, 7. daß die Römer das vertragsmäßige Retentionsrecht kannten. Daß es ferner auch möglich und zuläſſig ſey, in einem Teſtamente z. B. zu beſtimmen, der Gläubiger des Teſtators ſolle das Recht haben, bis zu ſeiner Befriedigung des Teſtators Sache, die er beſitzt, zu retiniren, kann aus keinem triftigen Grunde beſtritten werden. Man nennt das jus retentionis legale auch *necessarium* [2]), inſofern daſſelbe nicht auf der Willkühr des Retentionsgegners beruht, dieſer vielmehr nach geſetzlicher Vorſchrift auch gegen ſeinen Willen daſſelbe dulden muß. — Wir wollen jetzt über dieſe Eintheilungen des Retentionsrechts noch etwas ſpecieller ſprechen.

§. 47.

a) Vom jus retentionis voluntarium. Deſſen Verhältniß zum geſetzlichen Retentionsrecht.

Da durch Einwilligung des Gegners begreiflich, ſoweit Prohibitivgeſetze nicht hindern, alles geregelt werden kann, wie dieſer Wille es geſtattet, ſo leuchtet ein, daß viele Zuſtände, welche bei dem geſetzlichen Retentionsrecht characteriſtiſch und nothwendig ſind, bei dem verwilligten völlig anders beſtimmt werden und

Faſelius a. a. O. §. 11. *Schnorr* l. l. §. 5. *Ranft* l. l. §. 6. 10. Glück Com. Bd. 15. S. 119. v. Wening Ingenheim Lehrb. §. 169. Thibaut Syſt. §. 224. Hufeland Lehrbuch §. 1384. Not. a). Glutenis Pfandrecht §. 5. S. 25.

2) *Richter* l. l. *Schmidius* l. l. Faſelius a. a. O. §. 11. Not. e). Glück a. a. O. v. Wening Ingenheim a. a. O. *Mühlpfort* (Strauch) l. l. thes. V. num. 1. Not. (ξ) u. (o).

selbst ganz wegfallen können. Behauptet man aber [3]), das jus retentionis voluntarium richte sich hinsichtlich seiner Natur, seiner Requisite, überhaupt seiner Grundsätze lediglich nach dem Inhalte der Willkühr, welche durch Vertrag und Testament sich kund gegeben habe, daher es gar nicht erfoderlich, auch nicht möglich sey, normgebende Grundsätze über dieses Retentionsrecht aufzustellen, überall vielmehr nur die voluntas der Betheiligten die Richtschnur bilde: so muß ich diesem durchaus widersprechen. Man erwäge Folgendes. Es kann voluntate partium nicht verändert werden: die im §. 4 u. 5. geschilderte Eigenthümlichkeit des Retentionsrechts, ohne daß sofort das beliebte Recht in ein anderes Recht übergeht; Gefahr des Foderungsverlustes kann wohl den Partheien Motiv für Zuwilligung eines Retentionsrechtes seyn, dennoch aber ist das dann geschaffene jus retentionis nicht identisch mit den Sicherungsmitteln des Arrestes, der Caution etc. und bemißt sich in seinen Wirkungen nur nach seinen eigenen, nicht nach den Grundsätzen dieser Mittel; so dauert dasselbe z. B. an allen rebus in retentionem datis bis zur Bezahlung des letzten Pfennigs der Schuld fort, während die Grundsätze des Arrestes und der Caution die Arretirung einer unverhältnißmäßigen Anzahl der Dinge nicht gestatten. Ebenso vermag voluntate dicta das Retentionsrecht der Verschiedenheiten von compensatio, pignus und andern Rechten (§. 6 bis 14.) nicht entkleidet zu werden, ohne aufzuhören, das Retentionsrecht zu seyn und ohne eben jene Rechte selbst zu werden. Nicht der Name, den die Partheien ihrer Schöpfung geben, sondern der Inhalt derselben entscheidet über deren Individualität. Ferner außer Verfügung liegt, was §. 15. als Princip, und mehreres, was §. 16. als natürliche Eigenschaft des Retentionsrechtes geschildert wurde; der accessorischen Eigenschaft kann es nicht entkleidet, und an der untheilbaren nur hinsichtlich der einen Wirkung ver-

3) *Schmidius* l. l. §. 10. *Schnorr* §. 5. *Ranft* l. l. §. 10. S. 36. 37. Glück a. a. O. S. 119. inf. u. S. 120. pr. Dabelow Handbuch des heutigen röm. deutschen Privatrechts. Th. 1. §. 360. v. Wening Ingenheim a. a. O.

ändert werden, daß mit der Tilgung eines Theiles der Foderung auch ein zu trennender Theil der rerum retentarum zurückgegeben werde; die andere Eigenſchaft der Untheilbarkeit des Rechts, daß mehrere Perſonen verſchiedene Retentionsrechte an derſelben Sache zugleich nicht beſitzen können, ſteht dagegen voluntate partium nicht zu verändeen, weil die Veränderung wegen der Ausſchließlichkeit des Beſitzes völlig unausführlich wäre; der dinglichen Eigenſchaft, daß daſſelbe, als dinglich der Sache auflaſtendes Recht conſtituirt, auch der Sache folge, vermag man es durch Vertrag und Intabulation wohl theilhaftig zu machen, ohne daß es dadurch in jeder Beziehung dem Pfandrechte gleichgeſtellt erſcheint, welches neben ſeiner dinglichen Eigenſchaft auch noch das Recht zur Veräußerung der Sache und zur Befriedigungsnahme aus derſelben umſchließt. Den ſubſidiären Character kann man ihm allerdings auch beilegen. Dagegen vermag man ihm wiederum die Requiſite der Perſon des Retinenten, des Rechtsgrundes, Beſitzes, der Sache und der Foderung nicht zu entziehen, denn die das jus conſtituirende voluntas würde eo ipso der Rechtsgrund bleiben, und der Wegfall eines der übrigen Requiſite würde begreiflich das ganze jus ſelbſt hinfällig machen. Der Interdicte und Klage überhaupt kann das Retentionsrecht ebenfalls voluntate wieder theilhaftig gemacht werden, ohne ſeine Eigenthümlichkeit im übrigen zu ändern, auch wird ja an ſich ſchon die conſtituirende voluntas, das pactum vel testamentum, Klagrechte bringen (ſ. unten §. 80—82.); das Entſcheidende bei dem Beſitze wird aber immer die nuda detentio bleiben müſſen, weil mit ihrem Verluſte die retentio unmöglich wird. Daß der malae fidei possessor und vitiose possidens dennoch ſolle retiniren dürfen, kann geſtattet werden, es wird jedoch dieſe Geſtattung zur Reinigung des Beſitzgrundes für das jus retentionis, ſelbſt wirken, denn der fernere Beſitz iſt vom Augenblicke der Geſtattung an nicht mehr vitiös. Als eine wichtige mögliche Aenderung ſcheint gehalten werden zu müſſen, daß voluntate partium der Beſitz für den Zweck des Retentionsrechtes nicht blos continuirt, ſondeen de novo erſt ergriffen werden

dürfe. Man sehe jedoch hiergegen, was ich §. 25. in dieser Beziehung bemerkte. Daß die im §. 26. 28. 29. 30. vorgetragenen Grundsätze keiner und resp. keiner weiteren Veränderung, als schon in jenen §§. bemerkt wurde, unterliegen, ergiebt sich leicht von selbst, so wie es auch von selbst klar ist, daß nur diejenigen der in §. 27. 31 u. 32. besprochenen Sachen, welche von der voluntas qu. befaßt werden, von dem verwilligten Retentionsrechte umgriffen sind; dagegen können andere Normen nicht beliebt werden, als der §. 30. vorträgt, weil bei der etwa beliebten Rückhaltung von Leistungen aus irgend einer Vertragspflicht ein anderes Recht, als unser Retentionsrecht, nur in Frage seyn kann und wird. Die Grundsätze der §§. 34 bis 45. greifen entweder auch bei dem jus retentionis voluntarium Platz, oder sind durch dasselbe eo ipso erledigt; oder ich habe, wo sie voluntate geändert werden können, in den Paragraphen selbst schon angedeutet.

Zunächst darf allerdings das verwilligte Retentionsrecht nicht über den Umfang der Verwilligung analog ausgedehnt werden; allein es kann die Verwilligung selbst die Berechtigung zu solcher analogen Ausdehnung involviren; es wird daher auch hier ähnlich wie bei dem gesetzlichen Retentionsrechte (s. §. 50.) alles nach den Grundsätzen über Auslegung der Rechtsgeschäfte sich richten. Inwiefern das verwilligte Retentionsrecht auch der Connexität der Foderung mit der Sache theilhaftig sey, ist in den §§. 45. 55. 67—72. schon mit angedeutet worden; dieser Connexität kann dasselbe voluntate nicht entkleidet werden, weil sie eben in der durch die voluntas geschaffenen Beziehung zwischen Sache und Foderung selbst liegt. Den Wirkungen, welche ich unten im §. 73. entwickelte, dient das jus retentionis voluntarium ebenfalls. Gebrauchs- und andere Dispositions-Rechte an der Sache (s. §. 75.), welche zugleich die Befriedigung der Foderung gewähren sollen, können allerdings verwilligt werden, ohne darum die retentio rei nothwendig in ein völlig anderes Geschäft umzuwandeln. Es wird hier freilich darauf ankommen, welche Rechte mit der retentio verwilligt wurden, da leicht Rechte an der Sache verwilligt seyn könnten, welche das Geschäft allerdings in eine datio

in solutum, ein pignus oder eine compensatio umwandeln würden. Die Grundsätze des §. 76. sind auch auf das verwilligte Retentionsrecht anzuwenden, sowie auch die der §§. 77. 78. 79. auf dasselbe Anwendung leiden, wenn nicht durch Vertrag und Intabulation das Recht zur retentio dinglich und als ein stärkeres Recht als das des Vindicanten constituirt wurde. Die Grundsätze des §. 82. wegen Zulässigkeit der Wiedereinsetzung im vorigen Stand sind die gemeinschaftlichen für jegliches Retentionsrecht, insoweit voluntas des Betheiligten die Retention nicht mit wesentlicheen Vortheilen ausstattete, deren Verlust auch dann einen größeren Schaden in die Waagschale legen würde. Die Grundsätze der §§. 83. 84. 85. 86. gelten ebenfalls für jedes Retentionsrecht, resp. insoweit die ausdrückliche voluntas nicht Beschränkungen beifügte, sowie auch der 87. von jeglichem Retentionsrechte spricht. Die Grundsätze des Abschnitt VI. endlich haben theils schon in den dortigen Paragraphen auf das jus retentionis voluntarium ausdrücklich Bedacht genommen; theils ist leicht von selbst zu entnehmen, inwiefern auch hier (z. B. hinsichtlich der im §. 90 und 91. besprochenen Fragen) voluntate des Betheiligten etwas Anderes ausdrücklich ausgemacht werden kann[4]).

Ueberblicken wir diese Ergebnisse, so überzeugen wir uns sicher von der Unrichtigkeit des Satzes, bei dem jus retentionis voluntarium richte sich Alles nach der durch die Willenserklärung gegebenen Bestimmung. Es gilt demnach hauptsächlich — da im Einzelnen hier nicht Alles erschöpft werden kann —, das lei-

4) Man könnte mir vorwerfen, warum ich hier und nicht nur immer bei den einschlagenden Stellen die Verschiedenheit des gesetzlichen vom verwilligten Retentionsrechte, und wieviel durch dieses an den Grundsätzen des andern geändert werden könne, hervorgehoben und warum ich Manches dort schon Gesagte hier wiederholt habe. Obschon ich hier zum Theil sogar der nachfolgenden Demonstration vorgreifen mußte, so hielt ich es doch für räthlicher, gleichsam Registermäßig in einen Paragraphen alles dieses zusammenzustellen, weil dadurch übersichtlicher und schärfer hervorzuspringen schien, worin beide jura retentionis sich unterscheiden; und gerade hier wählte ich den Platz zu dieser Aufstellung, da es hier vor allem darauf ankam, das Verhältniß anschaulich zu machen, in welchem das jus retentionis voluntarium und das legale zu einander sich befinden.

tende Prinzip herauszufinden, nach welchem es sich bemißt, was durch die Willenserklärung der Betheiligten an den sonst gesetzlichen Grundsätzen des Retentionsrechtes verändert werden könne. Ich finde dieses Princip in Folgendem: „soll durch Vertrag oder Testament ein Retentionsrecht, was eben ein solches und kein anderes Recht ist, geschaffen werden, so kann dadurch dasjenige nicht umgestaltet werden dürfen, was nothwendig vorhanden seyn muß, um von einem Retentionsrechte, dem Rechte des §. 3. aufgestellten Begriffes, reden zu können; diese Zustände, welche wir die Essentialien unseres Rechtes nennen können, sind zu wesentlich, als daß sie ohne Vernichtung desselben verändert oder sogar davon getrennt werden könnten. Dagegen minder wesentliche Verhältnisse, durch deren Wegfall oder Umgestaltung das Retentionsrecht in seiner Individualität wesentlich nicht berührt wird, unterliegen der Modification durch den Willen der Betheiligten[5])." Welche Zustände ich zu dem einen und zu dem andern rechne, ist theils aus dem Bisherigen schon zu entnehmen, theils wird die Folge noch mehr es erkennen lassen; auch wird die Antwort auf die Frage nach ihnen demjenigen sich leicht von selbst ergeben, welcher die Natur des Retentionsrechtes richtig aufgefaßt hat. Ich meine nicht, daß durch Testament und Vertrag jene Essentialien gar nicht verändert werden könnten, wenn aus andern Rücksichten eine solche Disposition nicht unzulässig ist; allein ich meine, dann ist nur kein Retentionsrecht, sondern irgend ein anderes jus geschaffen worden.

5) Wie ungenau die Lehre von Feselius a. a. O. §. 23. über die im Text besprochene Frage ist, wird einleuchten, wenn man erwägt, daß sie nur voluntate zu verändernde Zustände nennt, aber unbeantwortet läßt, was und was nicht zu verändern sey. Die Lehre von Sintenis a. a. O.: „die aufgestellten Merkmale und Erfordernisse des Innebehaltungsrechts können jedoch, wegen der Verfügungsfreiheit der Contrahenten, wenn es vertragsweise entsteht, absolut nur von dem gesetzlichen gelten, indem jener wenigstens die Aenderung der Naturalien überlassen werden muß, und also bedeutende Abweichungen vorkommen können, wenn es auf diese Weise begründet worden ist" ist nicht minder unerschöpfend. (Man s. oben den Text.) Des testamentarischen jus ret. gedenkt sie gar nicht.

Hat das Teſtament oder der Vertrag über die Modalität des jus retentionis keine Beſtimmung gegeben, ſondern einfach nur das jus retentionis ertheilt, ſo regelt ſich dieſes jus völlig nach den geſetzlichen Grundſätzen über Retentionsrecht überhaupt; denn ſehr richtig lehrt *Boehmer* l. l. §. II. ad conventionale jus retentionis non modo id pertinet, quod expressa contrahentium conventione tribuitur in debiti cujuscunque securitatem, sed et quod tacita contrahentium voluntate ex vi et potestata ipsius conventionis tribuitur: cum tacite placuisse intelligantur, quae naturaliter conventione insunt [6]). Dieſe auch für das teſtamentariſche Retentionsrecht geltenden Grundſätze berechtigen zu der Annahme: die Betheiligten, welche ausdrückliche Beſtimmungen nicht gaben, haben alles, was das Geſetz verordnet, gewollt.

§. 48.

Fortſetzung.

Das jus ret. volunt. kann auch ſtillſchweigends errichtet werden.

Es iſt nur eine einfache Folge der Grundſätze über Willenserklärung und Vertragsſchluß, daß das jus retentionis voluntarium auch ſtillſchweigends, durch concludente Handlungen und Erklärungen, welche letztere nicht ausdrücklich die Verwilligung des Retentionsrechtes ausſprechen, aber auf eine ſolche nothwendig gedeutet werden müſſen, verwilligt werden kann. Ebenſo wie das Pfandrecht ſtillſchweigends durch Teſtament beſtellt werden kann [1]), ebenſo kann es auch unſer jus retentionis. Es wird hierbei überall nur ſorgfältig aus den ſchlüſſigen Handlungen zu erwägen ſeyn, ob die Abſicht des Verwilligenden nur auf Retentionsrecht, und nicht etwa auf Pfandrecht gegangen ſey. Das Kriterium hierbei wird ſeyn, ob die Erklärungen oder Hand-

6) l. 11. § 1. D. de act. emt. 19, 1. Man vergl. hierher überhaupt: *Voet* Comment. ad Pand. Lib. II. tit. 14. §. 5. Glück Comm. Bd. 4. S. 216—218. a. Not. 63.

1) Höpfner Commentar über die Inſtitutionen §. 714. a. E. Glück Comm. Bd. 18. S. 191. Mühlenbruch Lehrb. §. 311.

lungen blos auf Einräumung des Besitzes an der Sache bis zur Befriedigung der Foderung, oder auch auf die Verwilligung schließen lassen, daß der Besitzer durch den Werth der Sache eine reelle Sicherstellung der Befriedigung seiner Foderung erhalten sollte [2]). Wenn auch das jus retentionis zur Sicherung der Foderung mitwirkt, so wirkt es doch zunächst nicht jene reelle Sicherstellung, da es zu der Befriedigung aus der Sache an sich nicht befugt, und hierzu höchstens erst auf anderen Wegen, durch Klage und Executionsverfügung in die res retenta, Beförderung zu gewähren vermag. Es muß als unnöthige Mühe erscheinen, Handlungen und Erklärungen aufzählen zu wollen, aus denen die stillschweigende Einräumung eines Retentionsrechtes zu folgern stehe, da diese Liste nicht zu vervollständigen, folglich auch nicht zur Richtschnur in concreto zu nützen wäre. Die Verhältnisse des Falles und das erwähnte Kriterium der Einräumung des Besitzes einer Sache bis nach der Zahlung der Schuld werden leicht immer die Lehre geben. Ich will hier nur noch gedenken, daß ich es für unrichtig betrachte, wenn man [3]) die Fälle der l. 9. §. 5. l. 10. D. de pignor. act. 13, 7. l. 11. §. 2. l. 13. §. 8. D. de act. emt. 19, 1. l. 6. §. 1. D. quib. mod. pign. solv. 20, 6. für Fälle eines durch stillschweigenden Vertrag bestellten Retentionsrechtes ansieht. In diesen Gesetzesfällen befugen die Grundsätze des Pfand- und Kaufvertrages, die verpfändete oder verkaufte Sache bis zum Zahlungsempfang zurück zu behalten; es handelt sich also in ihnen gar nicht um unser eigentliches Retentionsrecht (s. §. 4.). Sodann: was Folge ausdrücklicher gesetzlicher Befugnisse ist, kann ich für stillschweigend vertragen nicht betrachten. Aus diesem Grunde kann auch l. 24. C. de eviction. 8, 45. als Beispiel eines stillschweigend contrahirten Retentionsrechtes nicht gelten.

---

2) Glück Com. Bd. 18. S. 306. Not. 37. Gesterding Pfandrecht §. 13. S. 125. Meißner vom stillschweigenden Pfandrechte §. 11. Nr. 4. §. 12. col. §. 9. nom. 3). Sintenis Pfandrecht §. 26. S. 208. num. 4. vergl. mit S. 207. 208. überhaupt.

3) Faselius a. a. O. §. 11. Not. c). *Boehmer* l. l. §. 3. u. 4.

§. 49.

Fortſetzung.

Iſt das jus retentionis testamentarium ein conventionale?

Dieſe Frage iſt ganz analog der Frage zu beantworten [1]), ob das teſtamentariſche pignus zu den vertragsmäßigen zu zählen ſey, da die Verhältniſſe in dieſer Beziehung ganz gleich ſind. Welche Bedeutung daſſelbe als letztwillige Dispoſition habe, ob es als Vermächtniß zu betrachten ſey, oder nicht, kann uns hier in der Lehre vom Retentionsrechte gleichgültig ſeyn, da von dieſer Frage hier nichts abhängt; hier intereſſirt nur die Willenserklärung, welche durch das Organ einer letztwilligen Dispoſition für die Geſtattung eines Retentionsrechtes an einer Sache ſich kund gegeben hat, dahingeſtellt, ob dieſe Geſtattung in der Lehre vom Erbrechte ein Legat bilde, oder nicht. Erwägen wir nun, daß die einſeitig durch das Teſtament zu erkennen gegebene Erlaubniß zur Retention, ſolange der dadurch Bedachte dieſe Offerte nicht angenommen hat, nur als bloßes Erbieten ſich darſtellt, ſo können wir auch das durch Teſtament geſtattete Retentionsrecht bis zu dem Zeitpuncte der Zuſtimmung von Seiten des Honorirten nicht als ein ſolches betrachten, welches auf Vertrag, einer zweiſeitigen Vereinbarung beruhte. Inſofeen überhaupt die Quelle des hier allein entſcheidenden Willens des Teſtators nur das Teſtament, alſo die einſeitige Verwilligung iſt, ſo iſt es auch gar nicht uneigentlich, dieſes jus retentionis zum Unterſchiede von dem voluntario, wo der zweiſeitige Vertragswille die Norm giebt, als testamentarium zu bezeichnen. Sobald nun aber der Gläubiger, das im Teſtamente ihm zugeſprochene jus retentionis annimmt, ſo tritt dann ſeine Zuſtimmung zu der jenſeitigen Offerte hinzu, und es iſt hiervon die Folge, daß

1) Ueber dieſe Frage iſt nachzuſehen: Geſterding Pfandrecht §. 14. Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 121. Hepp, im Archiv für civ. Prax. Bd. 10. S. 264. Not. c). Glück Com. Bd. 18. S. 189 sq. Meißner a. a. O. §. 178. Mühlenbruch Lehrb. §. 311. Sintenis Pfandrecht. §. 29. Schweppe a. a. O. §. 921.

das einſeitig im Teſtamente normiete Recht mit ſeiner Auflebung im practiſchen Rechtsgebiete in ein vertragsmäßiges übergeht, daß alſo nunmehr Vertrag geworben iſt, es ſolle nur dasjenige jus beſtehen, deſſen Umfang und Grenzen in der einſeitigen Willenserklärung des Teſtamentes beſtimmt wurden. In dieſer Beziehung kann man ſagen, es herrſche zwiſchen dem teſtamentariſchen und vertragsmäßigen Retentionsrechte kein weſentlicher Unterſchied [2]). Fällt das Teſtament als ungültig dahin, ſo fällt begreiflich ſein ganzer Inhalt, folglich auch die Geſtattung des Retentionsrechtes weg, und der damit bedachte Gläubiger vermag es nicht zu gewinnen, obſchon ſein Wille mit dem des Teſtators zuſammentrifft. Es bietet dieſes wieder eine Seite, auf welcher das teſtamentariſche vom vertragsmäßigen Retentionsrechte ſich unterſcheidet, indem dieſes zu allen Zeiten Gültigkeit gewinnen kann, ſobald nur der consensus gegenſeitig erklärt wurde. Es bedarf kaum wohl der Erwähnung, daß des Gläubigers Recht, ſeine Zuſtimmung zu der Offerte des Retentionsrechtes im Teſtamente zu erklären, ebenſo auf deſſen Erben übergeht, wie jedes andere jus testamento honorati, vorausgeſetzt, daß die Foderung auf Seiten der Erbnachfolger noch beſteht, für welche das Retentionsrecht beſtellt wurde. Hat der Teſtator einem honorato aufgelaſtet, einem Dritten ein Retentionsrecht für irgend eine Foderung zu beſtellen, ſo gilt dieſe Laſt nur als das Motiv für Beſtellung des Retentionsrechts, welches nunmehr zwiſchen dieſem dritten und jenem honorato durch Vereinbarung erſt geſchaffen wird. Wenn auch das Recht auf Beſtellung eines teſtamentariſchen Retentionsrechtes früher entſtanden iſt, ſo beginnt doch das Retentionsrecht ſelbſt erſt mit der übereigneten detentio rei, falls dieſelbe auf Seiten des honorati zur Zeit der Entſtehung jenes Rechts auf Beſtellung nicht ſchon vorhanden wae, in welchem letztern Falle das Retentionsrecht allerdings mit dieſem Rechte zugleich beginnt. Es iſt dies eine Folge des für das jus retentionis unerläßlichen Requiſites des

2) l. 46. D. de legat. I. 30.

Sachbeſitzes, vor deſſen Eintritt das jus ret. nicht in das Leben treten kann, was anders bei dem Pfandrechte ſich verhält, weil zu dieſem Rechte Sachbeſitz nicht durchaus erforderlich iſt. Bei dem vertragsmäßigen Retentionsrechte iſt es jedoch ganz ähnlich wie bei dem teſtamentariſchen, da mit dem Vertrage auch nur das Recht auf Beſtellung entſteht, mit der detentio ſelbſt aber erſt die retentio möglich wird.

§. 50.

b) jus retentionis legale.

Findet daſſelbe nur in den von den Geſetzen ausdrücklich benannten Fällen ſtatt?

Dieſe Frage hat man meiſtentheils im Geleite der Frage nach der Connexität der Foderung mit der Sache beurtheilt und ſie als Folge der Beantwortung dieſer bald bejahet [1]), bald verneint [2]), während beide Fragen, obſchon mit einander verwandt, doch nicht völlig mit einander zuſammenfallen.

Allerdings erfodert nach §. 15 u. 46. das geſetzliche Retentionsrecht zu ſeiner Zuläſſigkeit eine lex permissiva; allein dieſe Foderung darf nicht ſo wörtlich genommen, und nach ihr etwa begehrt werden, daß für jeden Retentionsfall ein ſpecielles, ihn ausdrücklich geſtattendes Geſetz vorhanden ſeyn müſſe; jene Foderung hat vielmehr den Sinn: für jedes Retentionsrecht, welches nicht einen Vertrag oder eine letztwillige Dispoſition für ſich in Anſpruch nehmen kann, muß, ſoll es zuläſſig ſein, eine geſetzliche causa permissiva ſprechen, wenn auch nicht gerade der Fall in den Geſetzen ausdrücklich erwähnt worden iſt. Paßt der Fall unter eine der Kategorien (ſ. oben §. 45. und unt. §. 55—72.),

1) *Heisler* l. l. §. 30. *Daniel Nettelbladt* Syst. elem. univers. Jur. pos. Tom. II. §. 294. u. in tractato de deposito irregulari §. 67. 68. *Wiese* (resp. J. C. Schraeder) diss. de retent. pignor. tam ob eadem quam ob diversa §. 5. Glück Com. Bd. 15. S. 123. I. in fin. u. Not. 43. u. a.

2) *Schifordegher* ad Ant. Fabrum Lib. I. tract. 1. qu. 3. u. 4. *Wunderlich* l. l. §. IV. VII. *Lauterbach* l. l. §. 23. *Leyser* med. Vol. III. spec. 175. Coroll. 2. Mühlenbruch Lehrb. §. 136. u. a.

durch welche die Connexität der Foderung mit der Sache sich äußert, so gewährt er caeteris paribus ein Retentionsrecht, wenn er auch in keinem Gesetze ausdrücklich vorkömmt. Unsere Quelle des corpus juris romani giebt bekanntlich nicht sowohl Principe, allgemeine Grundregeln, aus denen das Specielle fließe; vielmehr ist das Allgemeine, die herrschende und bedingende Grundregel, aus den zufällig zusammengereihten speciellen Fällen meist erst zu abstrahiren, daher man sehr Unrecht haben würde, nur dasjenige römischrechtlich für erlaubt zu achten, was ausdrücklich in den Gesetzen als erlaubt erwähnt wird.

Vergleichen wir unsere Antwort auf die hier besprochene Frage noch genauer mit den Connexitätskategorien, so werden wir dieselbe folgender Maaßen noch bestimmter geben können. Ganz besonders sind es die Kategorien der ursprünglichen Connexität, deren einzelne Fälle von den Gesetzen ausdrücklich nicht erwähnt zu seyn brauchen, um zulässig zu erscheinen, sobald sie nur unter eine der Kategorieen passen. Was dagegen die Fälle der positiven Connexität anlangt, so sind diese allerdings nicht weiter auszudehnen, als hierzu das einschlagende Gesetz Befugniß giebt; allein immer wird bei der Erwägung, worin diese Befugniß bestehe, nicht pedantisch streng der Gesetzesausdruck festzuhalten, sondern die Gesetzesbestimmung nach ihrem Geiste zu verstehen, und darum unter dem Sinne desselben alles für begriffen zu betrachten seyn, was darnach analog darunter fällt, ohne daß also dabei gegen den Sinn und die Bedeutung der Bestimmung gehandelt wird. So z. B. benennt die l. 26. §. 4. D. de condict. indeb. 12, 6. einen fundus, die l. 1. pr. D. de pignor. 20, 1. ein Faustpfand als res retinenda; ferner erwähnt die l. un. Cod. 8, 27., die auch nur eines fundus als der res retinenda gedenkt, expreß nur einer pecunia mutua als der chirographarischen, zum jus retentionis befugenden, Foderung sowie sie auch nur des secundus creditor, gegen den das jus retentionis nicht ausgeübt werden könne, Erwähnung thut. Man würde jedoch sehr fehl gehen, wollte man deshalb behaupten: Wenn jemand bei der datio in solutum eine andere Sa-

che, als einen fundus in solutum gegeben habe, oder die Verpfändung der res aliena nicht mittelſt eines Fauſtpfandes geſchehen, oder endlich des Pfandrechtes Gegenſtand kein fundus und die chirographariſche Foderung kein Darlehn, ſowie der extraneus kein secundus creditor geweſen ſey, ſo finde auf den Grund jener Geſetze das darin erlaubte jus retentionis nicht ſtatt, oder reſp. ſtatt. Der Sinn dieſer Geſetze erhebt ſich über ſeine Worte, die ihn nur wie zufällige Träger zu Tage tragen. Die gewöhnlichen Grundſätze über die Auslegung der Geſetzesbeſtimmungen werden auch hier, wie ſonſt überhaupt, die Lehre zu geben haben, was darin für geſtattet anzunehmen ſey, wenn es auch durch expressa verba legis nicht benannt wurde [3]).

Man bezieht ſich zu Begründung der die Frage des Paragraphen verneinenden Meinung auf l. 12. D. de vi et vi arm. 43, 16. u. l. 20. D. de acq. vel. am. poss. 41, 2. Allein mit Grund erinnert *Heisler* l. l. §. 30. Schol. 2. dagegen [4]), daß beide Geſetze lediglich die Frage entſcheiden, ob der dominus den juriſtiſchen Beſitz der Sache verloren habe, wenn der Colonus oder Commodatar die Ablieferung der Sache an deren Käufer verweigere. Der Juriſt verneint die Frage für den Fall, wenn der Weigerung eine justa et probabilis (rationabilis) causa zum Grund liege. Daß dieſe causa nun aber in jure retentionis beſtehe, davon ſteht in den beiden Geſetzen nichts ausdrücklich; ſie kann vielleicht auch in andern Verhältniſſen beruhen. Beſtände aber auch dieſe justa causa in jure retentionis, ſo würde nach meiner Anſicht in dieſen legibus doch immer nicht die generalis juris retentionis concessio, nemlich der Satz enthalten ſeyn, daß das jus retentionis an die in den Geſetzen erwähnten Fälle nicht gefeſſelt erſcheine; denn es ließe ſich dann

3) Ja dieſem Sinne ſind auch wohl nur zu verſtehen: *Leyser* spec. 175. coroll. 2. *Ranft.* l. l. §. 8. S. 24. 25. *Richter* l. l. th. 6. col. th. 12. u. 17. *Boehmer* l. l. §. 5. 7. 9 ff. Faſelius a. a. O. §. 15. in fin. Mühlenbruch Lehrb. §. 136. Stutenis Pfandrecht §. 5. S. 23 sq. S. 25.

4) Man ſehe auch Glück Com. Bd. 15. S. 123. Not. 43.

recht gut mit den Gesetzesworten vereinigen, anzunehmen, unter der justa causa sey eben ein im Gesetz ausdrücklich benanntes Retionsrecht gemeint. Diese Gesetze also vermögen unserer Entscheidung der Frage einen Stützpunct ausdrücklicher gesetzlicher Billigung nicht zu verleihen; sie bedarf jedoch eines solchen auch gar nicht, da sie aus den dafür angeführten Gründen ohnedem sich gewiß hinreichend rechtfertigt.

§. 51.

B) Unrichtige Eintheilungen des Retentionsrechtes.

Obschon die Eintheilung des Retentionsrechts in ein jus retentionis voluntarium und legale oder necessarium die Eintheilungen, welche von den bei dem Retentionsrechte sich findenden wirklichen specifischen Verschiedenheiten herbeigeführt werden, erschöpfen, so hat man sich doch mit ihnen nicht begnügt, sondern noch mehrere Eintheilungen aufgestellt, die auch in gewichtigen Verschiedenheiten ihren Grund haben sollen. Im Allgemeinen fühle ich mich jedoch durch die Eigenthümlichkeit unseres Rechts zu der Behauptung berechtigt, daß alle diese Eintheilungen völlig unrichtig, und zum Theil nur eine Folge der Verkennung der Natur des Retentionsrechtes sind, welche ihm bald diese bald jene, dasselbe modificirende Eigenschaft und Eigenthümlichkeit beigelegt hat, die es gar nicht besitzt. Die hieher gehörigen Pseudodivisionen sind u. a.: jus retentionis qualificatum vel simplex, jus retentionis materiale vel formale, jus retentionis peopetuae vel temporalis, jus retentionis judiciale vel non judiciale oder extrajudiciale, jus retentionis permissivae vel praecaptivae, retentio vel facti vel juris. Ferner hat man in Zuständen zu Eintheilungen nöthigende Verschiedenheiten zu erblicken geglaubt, welche als völlig unwesentliche nutzlos die Technik unseres Gegenstandes mit Ballast beschweren würden; dahin sind die Eintheilungen in jus retentionis generale vel speciale, retentio quae causam trahit a re vel specie retenta, und retentio, quae causam trahit ab ipsius debiti natura, ferner jus retentionis commune vel sa-

xonicum zu rechnen. Wir wollen dieſe Eintheilungen jetzt etwas näher in das Auge faſſen.

§. 52.

a) jus retentionis qualificatum vel simplex, materiale vel formale.

Unter dem qualificirten Retentionsrechte verſteht man das jus retentionis, welches mit einem andern dinglichen Rechte, dem Pfandrechte, Eigenthumsrechte, Erbrechte verbunden ſeyn ſoll, während man es, wenn dieſes nicht der Fall iſt, ein einfaches nennt [1]). Es hat nicht an Rechtslehrern gefehlt, welche dieſe Eintheilung verworfen [2]). Ich ſchließe mich der Meinung dieſer letztern an, und zwar aus den oben §. 4. entwickelten Gründen. Wer auf den Grund eines andern Rechts retinirt, retinirt nicht jure retentionis. Die von den Gegnern für ſich angezogenen Fälle [3]), als: das dem Pfandgläubiger ſowohl wegen der Pfandſchuld, als auch einer chirographariſchen Foderung zuſtändige Rückhaltungsrecht, das Rückhaltungsrecht, welches die Foderung ipso jure mindert, wohin gerechnet werden das

1) *Althusius* de jure retent. num. 5—13. *Lauterbach* l. l. §. 10—18. *Schmidius* l. l. §. 4. *Boehmer* l. l. §. 17. *Malblanc* princ. jur. rom. P. I. §. 196 not. a. in fin. *Pufendorf* obs. jur. un. T. III. obs 60. *Mevius* dec. P. VII. dec. 250. *Cramer.* obs. jur. nn. T. I. obs 336. Faſelius a. a. O. §. 12. Glück Com. Bd. 15. S. 120. Thibaut Syſt. §. 224. Schweppe röm. Priv.R. §. 183 d. in fin. Rühtenbruch Lehrb. §. 136. u. a.

2) Dabelow Handbuch des röm. deutſch. Privatrechts. 1. Th. §. 359. Not. e. Gönner Handbuch des gem. Prozeſſes. Bd. 4. N. LXXXII. §. 10. *Schnorr* l. l. §. 4. Glück a. a. O. S. 121. Sintenis Pfandrecht. §. 5. S. 25. 26.

3) Glück a. a. O. S. 120. *Schnorr* l. l. §. 4. S. 8. Faſelius a. a. O. Kori Syſtem des Concursprozeſſes. I. B. §. 68. l. 25. D. de pignor. 20, 1. — §. 4. 9. D. eod. l. 4. D. in quib. caus. pign. 20, 2. — l. un. Cod. 8, 27. — l. 5. D. de impens. in res dotal. fact. 25, 1. — l. 56. §. 3. D. de jure dot. 23, 3. — l. 14. §. 1. l. 15. §. 1. l. 16. pr. D ad L. Falcid. l. 73. §. 5. l. 80 §. 1. l. 90. D eod. 35, 2. — l. 21. D. ad S. C. Treb. 36, 1. — l. 13. §. 8. D. de act. emt. 19, 1. — l. 31. §. 8. D. de aedil. edict. 21, 1.

dem Ehemann wegen der nothwendigen auf die Mitgift verwendeten Koſten, das dem Erben an den Vermächtniſſen zum Behuf des Abzugs des falcidiſchen oder trebellianiſchen Viertels, und das dem Verkäufer an der verkauften Sache bis zur Zahlung des nicht creditirten Kaufpreiſes zukommende, unterſtützen ihre Anſicht in keiner Weiſe. Denn abgeſehen davon, daß dieſe Rückhaltung auf den Grund des Pfand-Eigenthums- und Erbrechts, wie bemerkt, eben nicht unſer jus retentionis bildet, ſo iſt noch obendrein die Verbindung dieſes letztern Rechts mit dem Pfandrechte in l. un. Cod. 8, 27. in der That gar nicht vorhanden; das Pfandrecht gewährt nur die Möglichkeit zu der Ausübung des Retentionsrechtes, welches jedoch völlig ſelbſtſtändig neben demſelben beſteht, wie daraus hervorgeht, daß es ſelbſt nach bezahlter Pfandſchuld, folglich nach erloſchenem Pfandrechte (ſ. §. 71. c.) noch fortdauert. Es iſt damit in der That nicht anders, wie mit dem Falle, wenn etwa durch die invecta und illata des Conductors, dem Beemiether vom Conductor vertretbare Schäden zugefügt wurden; in dieſem Falle ſteht dem locator das jus retentionis, neben der retentio ex jure pignoris für nicht gezahltes Miethgeld, ſelbſtſtändig zu, und er hat es ebenfalls auch dann, wenn durch Vertrag oder ſonſt dieſes jus pignoris wegfiel. Anders verhält es ſich jedoch mit der Retention, welche Theil des Pfandrechts, Erbrechts, oder Eigenthumsrechts iſt; hier findet eine ſo innige Verbindung damit ſtatt, daß mit dieſen Rechten auch die aus ihnen fließende Retention erlöſcht. Ferner bilden die Retentionen, welche die Foderung ipso jure mindern, in der That nur Compenſationen, und die Retentionen, welche der Ehefrau, reſp. dem Legatar oder Fideicommiſſar das Eigenthum an der res retenta laſſen, dieſe Sachen vielmehr nur bis zur Befriedigung inne zu behalten befugen, hängen mit einem Realrechte wieder nicht zuſammen, ſondern ſind Fälle des ſogenannten einfachen Retentionsrechtes, unſeres eigentlichen juris retentionis. S. oben §. 4. in fin. Ueber das aus l. 13. §. 8. D. 19, 1. entlehnte Retentionsrecht ſiehe auch oben §. 4. [4]).

4) Man vergleiche hierher *Wunderlich* l. l. §. 10. 11. 12. *Schnorr*

Die beſprochene Eintheilung kann ſich auch nicht als practiſch werthvoll auf die mit dem ſogenannten qualificirten Retentionsrechte verknüpft ſeyn ſollenden [5]) Folgen der Klagzuſtändigkeit bei verlorenem Beſitze der res retenta, der Befriedigung aus derſelben und der Fortdauer der Retention der Sache nach ausgebrochenem Concurſe berufen; denn dieſe ſind theils nicht Folgen der retentio, ſondern des Pfand- Erb- oder Eigenthums-Rechts, welches zur Retention befugt, indem nicht ex jure retentionis, ſondern aus jenen Rechten die Klage fundirt und die Sache verkauft werden kann, daher ſie auch nicht berechtigen können, Grundſätze des Retentionsrechts nach ihnen zu modificiren; das eigentliche Retentionsrecht, welches etwa mit ſolchen Zuſtänden zugleich noch verbunden iſt, profitirt höchſtens nur zufällig von ihnen dieſe Mittel, ſ. oben §. 20. Not. 10. u. unten §. 75. 76. b) 81. 82.; theils ſind dieſe Folgen ſelbſt nicht außer Zweifel, wie wir ſpäter zeigen werden (ſ. §. 93.) und paſſen auch nicht auf alle unter das qualificirte Retentionsrecht gezogenen Fälle.

Wie man, die Unhaltbarkeit der Eintheilung in jus retentionis qualificatum und simplex fühlend, dafür die in *materiale* und *formale* ſubſtituiren konnte [6]), iſt nur dadurch erklärlich, daß die in §. 4. oben entwickelten Sätze nicht als Hauptgegengrund entgegengehalten und genug gewürdigt wurden. Denn ſie kehren ſich auch mit gleicher Kraft gegen den Subſtituten der verworfenen Eintheilung. Das angebliche materielle Retentionsrecht ſoll ja auch nur dasjenige ſeyn, welches aus dem Pfandrechte entſpringt und einen Beſtandtheil deſſelben ausmacht, während das formale unſer für ſich beſtehendes, ex lege zukommendes ſeyn ſoll. Die retentio materialis iſt demnach wieder nur eine Folge des Pfandrechts, nicht unſer ſelbſtſtändiges Recht, und darum aus gleichen Gründen, wie das qualificirte als ſpecielles Recht völlig bedeutungslos.

1. l. §. 4. Dabelow a. a. O. Göſchen a. a. O. Glück a. a. O. S. 121. Kori a. a. O. u. B. II. §. 30. *Ranft.* l. l. §. 4. 5.

5) Mühlenbruch a. a. O. v. Weniag Jagenheim Lehrb. I. §. 169. lit. d. Glück a. a. O. S. 120. 121. Thibaut a. a. O. lit. c).

6) Glück a. a. O. S. 121. *Schnorr* l. l. §. 4.

Dem Allen zu Folge giebt es nur dasjenige Retentionsrecht, welches die Gelehrten, im Gegensatze von qualificatum oder materiale, das simplex oder formale nannten[7]); d. h. wir müssen diese aus jenen Eintheilungen fließenden Bezeichnungen ganz verwerfen, und von dem Retentionsrechte überall nur dann reden, wenn die Verhältnisse so geartet sind, daß man nach den erwähnten Eintheilungen von einem einfachen oder formalen gesprochen haben würde.

§. 53.

b) jus retentionis perpetuae vel temporalis, judiciale vel non judiciale sive extrajudiciale, permissivae vel praeceptivae, generale vel speciale, facti und juris, commune vel saxonicum, und retentio quae causam trahit a re vel specie retenta und quae ab ipsius debiti natura.

Unter dem *jus retentionis perpetuae*, auch retentio peremtoria genannt, versteht man die in der compensatio liegende retentio für immer, die compensatio selbst, und unter dem *jus ret. temporalis*, die man auch als retentio dilatoria bezeichnet, unser eigentliches jus retentionis [1]). Auch hier habe ich lediglich auf die Ausführungen in §§. 4. u. 6 bis 10. oben zu verweisen, um die Unhaltbarkeit dieser Eintheilung, zugleich aber auch um die Schädlichkeit derselben hinsichtlich der über jus retentionis aufzustellenden Grundsätze darzulegen. Nicht minder unstatthaft ist die Eintheilung in *jus retentionis judiciale* und *sive extrajudiciale;* unter ersterem versteht man [2]) das Recht des Richters, bei erwiesen vorliegender Gefahr des Fode-

7) Kori a. a. O.

1) *Richter* l. l. th. 7. *Heisler* l. l. §. 4. a. 8. (welcher diese Eintheilung verwirft). *Lauterbach.* l. l. §. 13 sq. welcher die perpetua retentio diejenige nennt, quae ipso jure fit, und die temporalis, quae fit ope exceptionis; die Vermischung mit compensatio macht jedoch auch diese Eintheilung verwerflich. Man sehe im übrigen die oben Note 26. citirten Schriftsteller, und §. 6. lit. a) princ. *Koenig* (Reusner) l. l. §. 9. num. 5. *Muhlpfort* (Strauch) l. l. th. 4.

2) *Ranft.* §. 6. in fin. §. 10. in fin. *Koenig* l. l. §. 9. num. 3.

rungsverlustes dem Gläubiger durch Gestattung der retentio rei Sicherung zu erlauben; unter dem non judiciale aber begreift man jedes andere zulässige Retentionsrecht. Der Inhalt des §. 4. princ. u. §. 5. oben giebt an, was von dieser Eintheilung zu halten sey. Die Eintheilung in *retentio praeceptiva* und *permissiva* [3]) ist schon früher von Rechtslehrern widerlegt worden [4]) und nie in jure glücklich gewesen. Unter letzterer versteht man unser gewöhnliches jus retentionis, unter ersterer aber eine solche retentio, quae ex legis necessitate fit, non propter debitum, nec in securitatem retinentis, sed potius in utilitatem ejus, cujus est res, vel tertii cujusdam, z. B. wenn man einen geliehenen Degen dem wüthenden, zur Rückfoderung an sich berechtigten, Eigenthümer zurückhält, damit er nicht Unheil damit anrichte. Es bedarf wohl kaum der Worte, diese Retention als keine species unseres jus retentionis, welches eben ein debitum voraussetzt, zu dessen Gunsten retinirt wird, darzustellen. Was man aus polizeylicher Nothwendigkeit darf, darf man nicht aus dem privatrechtlichen jure retentionis; beides ruht ja auf völlig verschiedener Basis.

Die Eintheilung in *jus retentionis generale* und *speciale* ist im Gebiete des Retentionsrechts ganz bedeutungslos [5]), da hier, wo alles darnach sich richtet, ob Gesetz oder voluntas die besessene Sache zu retiniren befugt, und der Werth der Sache mit der Größe der Foderung nicht im Verhältniß zu stehen braucht, hinsichtlich der Grundsätze über Retentionsrecht nichts darauf ankommen kann, ob man eine universitas bonorum oder eine res singularis (wornach man das jus retentionis ein generale oder resp. speciale genannt hat) zu retiniren das Recht hat.

Die Eintheilung in *retentio facti vel juris* [6]) ist entwe-

3) *Hering* diss. de retentione in deposito licita Sect. 2. §. 9.

4) *Heisler* l. l. §. 7.

5) *Richter* l. l. th. 7. *Schnorr* l. l. §. 6. (er widerlegt diese Eintheilung). *Muhlpfort* (Strauch) l. l. thes. IV. Not. v).

6) *Stephanus* in oeconomia juris. Lib. 3. c. 95. (s. Schnorr. l. l.

der für gleichbedeutend mit der in conventionalis und legalis behandelt worden, oder man versteht untee erstere, die nicht ipso jure sondern ope exceptionis, unter letztere aber die ipso jure eintreten soll, wie bei der retentio impensarum necessariarum an der dos, welche die dos ipso jure mindere. Dieser letztere Sinn der Eintheilung mischt wieder die compensatio mit unter unser jus retentionis, und ist darum so verwerflich, wie die schon beurtheilten Eintheilungen gleichen Gehaltes; und in ersterer Beziehung scheint kein Grund vorhanden, warum wie das retentionis jus conventionale nicht auch als juris ansehen wollen. Ob auch Gesetz oder Vertrag die Quelle ist für das jus, so ist doch jedes jus — juris und nicht facti. Mindestens ist diese Eintheilung in diesem Sinne nicht so bezeichnend und verständlich, daß man ihr vor der in jus legale und conventionale den Vorzug geben sollte; neben dieser aber ist sie überflüssig.

Die Eintheilung in *jus retentionis commune*, das nach gemeinen Rechten zustehende Retentionsrecht, und *saxonicum* [7]), das nach Sächsischen Rechten begründete, anlangend, so trifft sie unsere Untersuchungen hier gar nicht, da wir es hier eben nur mit dem gemeinrechtlichen Retentionsrechte zu thun haben, daher im Gebiete des gemeinen Rechtes diese Eintheilung auch unbegründet und Gegenstandslos erscheinen muß.

Endlich ist auch die Eintheilung in retentio, quae causam trahit a re vel specie retenta, und quae ab ipsius debiti natura [8]), einmal völlig unnöthig, da sie Verschiedenheiten gelten macht, welche für die Lehre des Retentionsrechtes so wesentlich nicht sind, um nach ihnen dasselbe zu classificiren. Zu der erstern retentio zählt man nämlich die wegen Impensen, und die wozu das pignus Veranlassung giebt, und zu der zweiten retentio, die wenn das debitum nicht mittelst Klage, sondern

§. 6.) und *Koenig* (Reusner) l. l. §. 9. num. 4. et ibi citati scriptores. *Mühlfort* l. l. thes. IV. not. μ. *Lauterbach* de ret. §. 27.

7) *Mühlfort* (Strauch) diss. de jure retentionis. thes. V. not. π. ϱ. *Richter* l. l. th. 7. *Schnorr* l. l. §. 36. (er widerlegt sie auch).

8) *Dan. Doering* de jure ret. §. 4—18. *Koenig* l. l. §. 9.

nur mittelſt Einrede verfolgbar iſt, oder wenn Rechtshülfe mangelt, oder wenn pacto die retentio geſtattet wurde. Sodann iſt dieſe Eintheilung nicht ſcharf ſcheidend, da nach ihr ein und derſelbe Fall zu beiden Retentionen gehören kann, wie z. B. der Fall der l. 14. D. 44, 4. — l. 33. D. 12, 6. l. 14. §. 1. D. 10, 3. Endlich ſtellt ſie unter ſich ſehr weſentlich verſchiedene Fälle zuſammen wie z. B. das vertragsmäßige und geſetzliche Retentionsrecht; daher ſie nicht geeignet iſt, die Aufſtellung der Principien durch Hervorhebung ihrer Modificationen nach der Verſchiedenartigkeit des Retentionsrechts zu befördern; daß ſie Fälle begreift, die gar nicht zum jus retentionis gehören, gar nicht zu gedenken.

Abſchnitt IV.

Die Kategorieen der Connexität der Foderung mit der res retinenda.

§. 54.

Die von der Doctrin aufgeſtellten Kategorieen.

Hielt man ſich für überzeugt, daß dem ungebundenen Walten der Retentionsbefugniſſe Schranken geſetzt werden müſſen, und erblickte man in der Geſetzgebung der Römer Hindeutungen auf ſolche Schranken, welche aus dem Verhältniſſe der zu retinirenden Sache zu der Foderung, für welche die Retention wirken ſollte, hervorgingen; konnte man dabei nicht verkennen, daß gerade dieſes Verhältniß der Sache zur Foderung für diejenige Rückſicht, welche die Retention der Sache zu Gunſten einer Foderung als recht und billig darſtellt, den gewichtigſten und gleichſam von der Natur der Zuſtände ſelbſt aufgerufenen Vertheidiger bilde, indem es ganz mit der Gerechtigkeit harmonirt, einen durch die Sachverhältniſſe ſelbſt angebotenen Zuſammenhang zwiſchen der Foderung und der Sache zu Gunſten der erſtern durch Retention der letztern auch factiſch fortſetzen zu dürfen: ſo konnte es nicht fehlen, daß man bei der Weiſe, wie die römiſchen Geſetze nur in der Anwendung auf practiſche Fälle ihre Principien kund geben, vielfach ſich mühte, die Grundregeln herauszufinden, nach denen von den Römern die Frage, welche Foderung mit einer Sache in dem erwähnten Connexitätsverhältniſſe ſtehe, beurtheilt worden ſey. Es würde nutzlos zu weit führen, wollte ich voll-

ſtändig alle früheren Ideen hierüber anführen; ich beſchränke mich darauf, die gewichtigſten derſelben zu referiren, ehe ich meine eigene Anſicht zu entwickeln mir erlaube.

G. L. Boehmer und Weber[1]) ſtellen drey Kategorieen der Connexität auf, nämlich: a) versio in rem, b) eadem causa obligandi, und c) debitum ex re certa solvendum.

Fafelius[2]) giebt fünf Regeln, welche die Connexität erkennen laſſen ſollen, nämlich: a) wenn die Foderung in die Sache verwendet worden iſt, b) wenn jemand auf eine fremde Sache bona fide einen Aufwand gemacht hat, c) wenn die Foderung aus Dienſten oder Handlungen, welche an der Sache oder in Anſehung derſelben geleiſtet worden ſind, erwachſen iſt, d) wenn mein Gegner mir aus dem nämlichen Grunde verbunden iſt, aus welchem ihm das Recht, die Sache von mir zu fordern, zuſteht, und e) wenn dem Gläubiger entweder vermöge eines Vertrages oder nach unmittelbarer Verordnung der Geſetze ein Recht zuſteht, zu verlangen, daß er aus dieſer Sache ſelbſt ſeine Befriedigung erlange.

Glück[3]) giebt fünf ſolche Regeln, nämlich: a) wenn der Beſitzer auf die Sache oder in Beziehung auf dieſelbe nothwendige oder nützliche Unkoſten verwendet hat, b) wenn die Foderung des Beſitzers aus eben dem Geſchäfte entſtanden iſt, aus welchem gegen ihn auf Reſtitution der Sache geklagt wird, c) wenn die Schuld aus der Sache, welche retinirt wird, bezahlt werden muß, die Verbindlichkeit rühre aus einem Vertrage oder aus einer von den Geſetzen anerkannten Billigkeit her, d) wenn man durch eine fremde Sache einen vom Eigenthümer zu erſetzenden Schaden erlitten hat und e) wenn man eine Sache für eine Gegenleiſtung herausgeben ſoll, ſoll man ſie, bis dieſe erfolgt iſt, arg. l. 13. §. 8. D. de act. emt. 19, 1. u. l. 26. §. 4. D. de condict. ind. 12, 6. zurückhalten können.

1) *Boehmer* l. l. §. 9. 10. 11. Ad. Weber Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld. L. 16. tit. 2. §. 937.

2) a. a. O. §. 16. 17. 18. 19. 20.

3) Comm. Bd. 15. S. 125—130.

Schnorr [4]) dagegen nennt sechs Connexitätsgründe, und zwar: a) versio in rem domini, b) operae in re praestitae, c) mutuae petitiones ex eodem negotio natae, d) versio bona fide in rem alienam vel communem facta, e) jus solutionem ex re certa exigendi, f) damnum per rem alienam nobis datum.

Seuffert [5]) hat wieder nur drey Rubriken, nämlich: a) Verwendungen auf die Sache, b) Foderungen auf Erfüllung der Gegenverbindlichkeit aus dem die Sache betreffenden Geschäfte, und c) Ansprüche auf Ersatz von Schaden, welcher durch die Sache zugefügt wurde.

Schweppe [6]) stellt fünf Regeln auf, nämlich: a) wenn dem Retinenten etwas zur Sicherheit überliefert ist, b) wenn der Gegenanspruch auf die vorgängige Erfüllung des Geschäfts von Seiten des Klägers gerichtet ist, c) wenn der Retinent doch wenigstens aus dem nämlichen Geschäfte, worauf sich der Kläger gründet, die Gegenfoderung bildet, d) wenn er vor der Restitution einer Sache wegen Verwendungen darauf, und wegen des dadurch erlittenen Schadens, insofern er beide fodern kann, befriedigt seyn will, und e) wenn der Gegenanspruch zum Zweck einer Reconvention gegen die Klage benutzt ist.

v. Wening Ingenheim und Thibaut [7]) stellen auch fünf Regeln auf, und zwar soll Connexität vorhanden seyn: a) bei Verwendungen auf die Sache, b) bei Foderungen aus einem Geschäfte, in Ansehung derer dem Besitzer eine actio contraria zustände, c) bei nicht erfüllter Gegenleistung für eine Sache, die man herausgeben soll, d) so oft sich der Besitzer aus der Sache selbst bezahlt machen darf, und e) bei einem durch die Sache erlittenen Schaden rücksichtlich des Ersatzes.

4) l. l. §. 11.

5) Lehrb. §. 104. Not. 7.

6) Schweppe röm. Privatr. §. 183 d. Er fodert zwar für die Zuständigkeit des Retentionsrechts keine Connexität, hält jedoch dieses Recht im Falle der Connexität für unbedenklich.

7) v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 169. Thibaut Syst. §. 224.

Sintenis[8]) endlich lehrt ähnlich wie Seuffert, Connexität finde ſtatt a) bei Verwendungen auf die Sache ſelbſt, b) bei dem Urſprunge der Gegenforderung des Beſitzers aus demſelben Rechtsgeſchäfte, aus welchem gegen ihn auf Herausgabe der Sache geklagt wird, und c) wenn die Sache für die Forderung unmittelbar haftet z. B. durch Anrichtung eines Schadens. Dabei bemerkt Sintenis, die übrigen Fälle, welche man noch hin und wieder aufgeführt finde, fielen unter die aufgezählten Rubriken, oder enthielten ein wahres Pfandrecht. — In der Verſchiedenheit dieſer Aufſtellungen ſind die gewichtigſten Meinungen über Connexität erſchöpft; wir wollen ſie jetzt etwas näher beleuchten.

Die Kategorie, „wenn man ſich aus der Sache ſelbſt bezahlt machen dürfe," iſt offenbar ganz zu verwerfen, da mit Hinblick auf die Natur des Retentionsrechtes, welche eine ſolche Befugniß zur Befriedigung aus der Sache nicht in ſich ſchließt, ſofort einleuchten muß, daß eine ſolche Berechtigung, wo ſie vorhanden iſt, nicht ex jure retentionis, ſondern aus einem andern Rechtsgrunde zuſtehen müſſe, daher ſie auch als Fremdling hier die Connexität der res retenta mit der Forderung nicht beſtimmen kann. Die Anhänger dieſer Kategorie beziehen ſich hauptſächlich auf die retentio ex jure pignoris, die wir ſchon als unſeren Retentionsrechte fremd erkannten. Noch ſollen die l. 26. §. 4. D. de condict. indeb. 12, 6. und l. 2. pr. D. ad Leg. Rhod. de jactu 14, 2. nach des Faſelius, Weber und Böhmer Meinung hieher gehörige Retentionsrechte ertheilen; daß jedoch dieſes nicht der Fall ſey, lehrt ein Blick in dieſe Geſetzesſtellen, die nirgends Befugniß geben, die res retenta zur Befriedigung der Forderung zu verwenden. Des Faſelius drei erſtere Regeln bilden in der That nur die Eine der versio in rem; denn nur dieſe Verwendung iſt hier das relevante, Connexität motivirende Element und die übrigen Verſchiedenheiten, aus denen die Trennung in mehrere Regeln für nöthig gehalten wurde, ſind offenbar in ſolcher Rückſicht unerheblich. Daſſelbe gilt von dem erſten,

8) Pfandrecht §. 5. S. 23. 24.

zweiten und vierten Connexitätsgrunde des *Schnorr*. Wenn Schweppe zu Begründung seiner ersten Regel auf l. 5. C. in qbs caus. pign. tacite 8. 15. sich beruft, so hat er auf einen zum Pfandrechte gehörigen, hier nicht Lehre gebenden Fall sich bezogen; ferner begründet auch sein Citat der l. 13. §. 8. D. de act. emt. 19, 1. aus den oben §. 4. angegebenen Gründen seine zweite Regel nicht; die fünfte Regel desselben behandelt einen zum Retentionsrechte gar nicht gehörigen Fall. S. oben §. 44. sub a). in fin. Der Fall des Glück unt. c) und des v. Wening Ingenheim und Thibaut unter c) gehört, insofern man sich auf l. 13. §. 8. D. cit. beruft, wie bemerkt gar nicht zum Retentionsrechte, und der Fall in l. 26. §. 4. D. de cond. ind. kann aus dieser Rubrik unt. c) nicht erklärt werden, wie ich später zeigen will (s. oben §. 68.). Fritz in seinen Erläuterungen zu §. 169. des Lehrbuchs von v. Wening Ingenheim S. 219. hat noch erinnert, der Fall unter b) sey schon unter den sub a) und c) mit begriffen. Allein vorerst wird oft eine ex eadem causa obligandi entstandene, mit der actio contraria zu verfolgende, Foderung kaum, mindestens nur sehr uneigentlich als eine Verwendung auf die Sache angesehen werden können, während sie als ein durch die Sache gestifteter Schaden offenbar gar nicht betrachtet werden kann; sodann tritt bei manchen mit der actio contraria zu verfolgenden Foderungen der Zusammenhang mit der Sache schärfer und größer durch die eadem causa obligandi hervor, als durch die Nutzverwendung und Schadensstiftung, und es dürfte darum die überzeugendste Seite der Connexität wohl principale Erwähnung verdienen, um somehr als es Nutzverwendungen und Schadensstiftungen giebt, denen eadem causa obligandi nicht zur Seite und eine actio contraria nicht zu Gebote steht. Hierzu kömmt, daß, wie wir später zeigen werden, eine und dieselbe Foderung auf mehrfache Weise mit der res retenta conner seyn kann und häufig seyn wird. Die von Seuffert und Sintenis angegebenen Connexitätsrubriken sind nach meiner Ansicht nicht völlig richtig und nicht vollständig, wie ich sogleich in den nachstehenden Paragraphen zei-

gen werde. Die folgenden Entwickelungen werden überhaupt auf alle dieſe Entgegnungen noch klareres Licht verbreiten.

§. 55.

Die nach meiner Anſicht aufzuſtellenden Kategorieen.

Bei Aufſtellung der Kategorieen, unter welche die Fälle der Connexität der Foderungen mit der zu retinirenden Sache ſich einclaſſen, und die darum für jeden Fall das Kriterium ſind, woran ſeine Connexität erkannt wird, iſt nothwendig, nur auf ſolche Modificationen des connexen Zuſtandes Rückſicht zu nehmen, welche ſich in der Art der Connexion von einander weſentlich unterſcheiden. Die Geſetze, welche ein Retentionsrecht geſtatten, zeigen uns Zuſtände der Connexion der Foderung mit der zu retinirenden Sache, die unter ſich auf ſolche Weiſe verſchieden ſind, daß wir dadurch auf folgende vier Connexitäts-Kategorieen geführt werden:

1) die Foderung entſtand aus Aufwänden in die Sache, oder mindeſtens in Beziehung auf dieſelbe;
2) die Foderung entſtand aus demſelben Rechtsverhältniſſe, auf welches das Recht der Abfoderung der Sache ſich gründet;
3) die Foderung empfing durch die Sache ihre Entſtehung und Begründung; oder endlich:
4) die Sache wurde durch Geſetz oder voluntas des Betheiligten in ein zu Gunſten der Foderung wirken ſollendes Verhältniß gebracht.

Wenn wir nachher Geſetzesfälle mit dieſen Kategorieen vergleichen werden, wird ihre Aufſtellung begründeter hervortreten; ich füge vorerſt nur noch folgende Bemerkungen an. Die Geſetze kennen Fälle der Aufwände auf oder in Beziehung auf eine Sache, welche eine Foderung erzeugen, die nicht aus demſelben Rechtsverhältniſſe entſtand, worauf das Recht der Rückfoderung der Sache ſich gründet; z. B. den Fall der lex 1. C. si aliena res pignori data sit. 8, 16. die der l. 27. §. 5. l. 48. D. de rei vind. 6, 1. §. 30. Inst. de rer. div. 2, 1. l. 14. D. de

dol. mal. et met. exc. 44, 4. — l. 7. §. 12. l. 9. §. 1. 2. D. de acq. rer. dom. 41, 1. Hier entstand die Foderung lediglich aus der persönlichen obligatio, welche durch die Nutzverwendung erzeugt wurde, während das Recht zur Rückfoderung der Sache auf das dingliche Recht des Eigenthums des Klägers an der Sache sich gründet; ferner empfing bei den Fällen der Kategorie 1) die Foderung keineswegs durch die Sache ihre Entstehung und Begründung, sondern lediglich durch die Nutzverwendung; die Sache kann wohl mit Veranlassung zur Entstehung gegeben haben, sie selbst aber hat die Foderung nicht erzeugt; endlich haben die Fälle der Kategorie 1) ihren Zusammenhang zwischen Foderung und Sache schon durch die Art der Entstehung der Foderung, nicht erst durch Gesetz oder voluntas des Betheiligten erhalten; es ergiebt sich demnach die selbstständige Eigenthümlichkeit der Kategorie 1) neben den übrigen Kategorieen. Die Selbstständigkeit der Kategorie 2) im Verhältniß zu Kategorie 3) und 4) fällt leicht in die Augen, da eine Foderung aus demselben Rechtsverhältnisse nicht nothwendig durch die Sache qu. erzeugt worden zu seyn braucht und gleich ursprünglich mit ihrer Entstehung, nicht aber erst später durch positive Satzungen, mit der res retinenda conner geworden ist; in wiefern sodann diese Kategorie 2) zur Kategorie 1) selbstständigen Werth habe, habe ich vorhin im §. 54. schon angedeutet. Daß es Fälle von Foderungen aus demselben Rechtsverhältnisse giebt, aus welchem die Sache rückverlangt wird, welche nicht in Aufwänden ihren Grund haben, lehrt folgendes Beispiel: Der locator hat sich dem conductor im Miethvertrage verpflichtet, eine Stube im vermietheten Hause zu erbauen, hat es aber nicht gethan und klagt nun nach Auflösung des Miethverhältnisses mit der actio locati auf Rückgabe des Hauses; in diesem Falle darf der conductor solange das Haus retiniren, bis der locator die Foderung aus der Unterlassung seiner Contractspflicht befriedigt hat, denn diese Foderung entstand aus demselben Rechtsverhältnisse, aus welchem die Sache rückgefodert wurde und ist unverkennbar mit der Sache conner, aber kein Aufwand auf die Sache. Eine durch die Sache

erzeugte Schädenfoderung war sie auch nicht, denn nicht die Sache verursachte die Foderung (die allerdings eine Schädenfoderung seyn wird), sondern die obligatio auf Erbauung einer Stüde. Aehnliche Fälle ließen sich noch viele nennen [1]). Die Kategorieen 3) und 4) vermag man schon aus dem Gesagten als neben einander und neben den Kategorieen 1) und 2) selbstständige zu erkennen, sowie überhaupt ihre Selbstständigkeit leicht von selbst einleuchtet. Meine Kategorieen trifft folglich der Vorwurf unnöthiger Vervielfältigung nicht; sie sind jedoch auch erschöpfend, da in sie alle Fälle des jus retentionis aufgehen, auf welche die Gesetze nach der Art der Connexität, die sie zeigen, hinweisen. Diesen Satz vermag ich freilich anders nicht zu erweisen, als durch die Versicherung, daß kein Gesetz ein in meine Kategorieen nicht passendes jus retentionis gewähre, eine Behauptung, welche solange als wahr gelten muß, solange das Gegentheil durch ein Gesetz nicht nachgewiesen wurde. — Im vorigen §. erwähnte ich schon, daß eine Foderung auf mehrfache Weise conner mit der res retinenda seyn könne, wovon die Folge seyn wird, daß ihre Connexität mehreren Kategorieen unterstellt werden kann.

Wir wollen jetzt jede der aufgestellten Kategorieen mit einzelnen Beispielen belegen. Es ist zwar nicht die Absicht dieser Blätter, die einzelnen Retentionsfälle, welche die Gesetze uns bieten, sämmtlich specieller Untersuchung zu unterwerfen; es würde dieses den Plan dieses Buches, welches nur die allgemeinen Grundsätze über Retentionsrecht entwickeln wollte, überschreiten; ferner ist eine vollständige Liste der Retentionsfälle zu geben ganz

1) Hieher gehört auch das jus retentionis des Ehemannes am fundus dotalis locatus bis zur Befriedigung seiner Cautionsfoderung gegen die geschiedene Ehefrau, den Pächter im Pachte zu lassen oder ihm, dem Ehemanne, den Schadensersatz an den Pächter zu vergüten, wovon l. 25. §. 4 D. sol. matr. 24, 3. — l. 1. §. ult. D. de dote praeleg. 33, 4. reden. Glück Comm. Bd. 18. S. 10. 11. denn aus dem Ehe- und Dotalverhältnisse steht sowohl die Klage der Frau auf Herausgabe des fundus, als die Foderung des Ehemannes auf die Caution zu, und es handelt sich dabei weder um Aufwände in die Sache oder Schadensstiftung durch dieselbe. Einen fernern Beleg enthält l. 80. §. 1. D. ad Leg. Falcid. l. 21. D. ad S. C. Treb. 36, 1. und l. 24. Cod de evict. 8, 45.

unmöglich, da ihre Quelle, der Verkehr auf dem Markte des Rechts, unerschöpflich bleibt: allein soviel über sie wird doch hier folgen müssen, als erfoderlich ist, um unsere allgemeinen Principien aus ihnen nachzuweisen. Die besonders streitigen und die häufiger vorkommenden Retentionsrechtsfälle will ich etwas näherer Erwägung unterstellen.

§. 56.

Kategorie I.

Die Foderung entstand aus Aufwänden in die Sache, oder in Beziehung auf dieselbe.

1) Allgemeine Bemerkungen.

Bei dieser Kategorie liegt der Accent auf dem Aufwandmachen; dieses ist der Vereinigungspunkt für die hierher gehörigen Fälle, welche außerdem von einander so wesentlich verschieden seyn können, daß sich Schriftsteller über unsern Gegenstand, z. B. Faselius und *Schnorr* an den angeführten Orten, wie bemerkt, versucht gefühlt haben, für sie mehrere Kategorieen zu bilden. Ob die Aufwände in Geld oder Geldeswerth, überhaupt in Sachen oder Handlungen[1]) bestanden, ob sie unmittelbar selbst in die res retinenda oder nur in Beziehung auf dieselbe gemacht wurden, ob der Inhalt der Foderung im Allgemeinen nur zum Nutzen der fremden Sache verwendet, oder ob der Aufwand auf eine fremde Sache in dem guten Glauben, er geschehe auf die eigene, unternommen worden war; dieses Alles erscheint mir in Bezug auf den sächlichen Zustand, worin bei allen diesen Fällen die Connexität der Foderung mit der res retinenda liegt, völlig unerheblich und selbst zu unwichtig, um etwa bei dieser Kategorie wieder subdividiren zu wollen. Es bedarf hierbei wohl kaum der Erinnerung, daß hier im Gebiete des Retentionsrechtes nicht zu untersuchen stehe, welcher Aufwand zu

1) arg. c. 1. in fin. X. de in integrum restit. 1, 41. verb.: „Providendum est tamen, ne si forte coloni possessiones illas *expensis ac labore suo* reddiderint meliores, *sumptibus*, quos bona fide fecerunt, debeant defraudari.“ S. noch §. 58.

Gunſten einer Sache eine Foderung erzruge; dieſe Frage gehört in die Lehre über das Recht der Foderungen, und uns intereſſirt hier davon nur der oben in dem §. 36. behandelte Satz, daß eine gültige Foderung beſtehen müſſe, gleichgültig welche Bedingungen hierzu erfoderlich ſeyen. Wir haben darum hier unſeen Satz nur ſo zu ſtellen: hat ein Aufwand zu Gunſten einer Sache eine gültige Foderung erzeugt, ſo iſt dadurch zwiſchen dieſer Foderung und jener Sache ein ſolches Beziehungsverhältniß exiſtent geworden, welches, wenn die übrigen Bedingungen dazu vorliegen, den Gläubiger zu dem Retentionsrechte an dieſer Sache berechtigt, falls nicht die Beſtimmungen über das fragliche Foderungsrecht das Mittel der Retention verſagen (wie z. B. wegen der impensae utiles in einzelnen Fällen allerdings geſchah) und nur Klag- oder andere Rechte geſtatten. Auch dieſes Letztere iſt nur in der Lehre über die einzelnen Foderungsrechte und nicht hier vollſtändig zu entwickeln; hier wird nur gelegentlich mit davon die Rede werden [2]).

§. 57.

2) Einzelne Retentionsfälle dieſer Kategorie.

a) Einen Fall, wenn der Inhalt der Foderung im Allgemeinen zum Nutzen der res retinenda verwendet worden war, bietet die l. 1. Cod. si aliena res pignori data sit. 8, 16. *verb.:*

Procurator citra domini voluntatem domum pignori

2) Man vergleiche hieher: Glück Com. Bd. 5. S. 345. 376. Bd. 8. S. 14. 216. 301—310. Bd. 10. S. 465. Bd. 11. S. 113.—118. S. 147—166. Bd. 14. S. 65—68. Bd. 15. S. 305—307. 441. Bd. 16. S. 146. 186—188. 221. 372. Bd. 17. S. 393. 394. Bd. 27. S. 374—454. und überhaupt alle Stellen des Commentars, welche im erſten und zweiten Sachregiſter dazu sub voce: „Koſten" angeführt ſind. Man ſehe auch l. 27. §. 5. l. 38. D. de rei vind. 6, 1. — l. 25. D. de pign. act. 13, 7. — l. 43. D. de act. emt. 19, 1. *Mühlpfort* (Strauch) l. l. thes. 8. nat. k. *Koenig* (Reusner) l. l. §. 12. *Meusel* (Romanus) l. l. th. 15—19. *F. S. Landgraffen* Beati possidentes. Jenae 1687. sect. II. membr. II. §. 7. *Valett* diss. cit. de retent. ex dote faciendis sect. I. cap. 1. §. 1. 10.

frustra petit: *Si tamen pecuniam creditoris in rem domini versam eonstabit, non inutilis erit exceptio,* duntaxat quod numeratum est, exsolvi desideranti.

Nicht jure pignoris, aber jure retentionis darf der Gläubiger die Sache zurückbehalten, in welche sein Geld verwendet worden war, bis er bezahlt wurde. Einen ähnlichen Fall findet man in l. 15. §. 2. D. de furtis 47, 2. *verb.:*

Sed eum, qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat, non teneri furti etc. *Ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam feeisti, retentionem ejus habueris,* etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem, *quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit.*

Ferner in l. 39. §. 1. D. de minoribus 4, 4. *verb.:*

Vendentibus curatoribus minoris fundum, emtor extitit Lucius Titius et sex fere annis possedit, et longe longeque rem meliorem fecit: Quaero cum sint idonei curatores, an minor adversus Titium emtorem in integrum restitui possit? Respondi, ex omnibus, quae proponerentur, vix esse cum restituendum; nisi (si) maluerit *omnes expensas quas bona fide emtor feeisse adprobaverit, ei praestare:* maxime, cum sit ei paratum promptum auxilium curatoribus ejus idoneis constitutis.

Der emtor machte die impensas in *seine* Sache, die später erst wieder aufhörte, die seinige zu bleiben. Der Fall gehört also hieher und nicht unter unten lit. b). Man vergleiche hierüber *Molignatus* l. l. qn. 321. *Koenig* (Reusner) l. l. § 12. sec. fin. Fernere Beispiele sind in l. 4. §. 9. l. 5. §. 2. D. de dol. mal. exc. 44, 4. — l. 21. D. solut. matr. 24, 3. Einen andern Fall, worin der Aufwand zwar nicht in die Sache selbst gemacht, aber doch das Opfer des eigenen Besitzes in Beziehung auf dieselbe, und offenbar zu ihrem Gunsten gebracht worden war, enthält l. 2. pr. D. ad Leg. Rhod. de jactu. 14, 2. *verb.:*

si laborante nave jactus factus est, *amissarum mercium domini*, si merces vehendas locaverunt, ex locato cum magistro navis agere debent; is deinde cum reliquis, *quarum merces salvae sunt*, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit, ex locato agere cum magistro navis debere, ut caeterorum vectorum merces *retineat*, *donec portionem damni praestent*. Imo etsi *retineat* merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus. Quid enim, si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? *Plane commodius est*, *si sint*, *retinere eas*.

Die vectores, deren Sachen über Bord geworfen worden waren, um das Schiff mit Mann und übriger Ladung zu retten, hatten offenbar zu Gunſten des Geretteten aus ihren Mitteln Aufwände gemacht, Opfer gebracht, daher zwiſchen ihrer Foderung und den geretteten Sachen ein zum jus retentionis befugender Zuſammenhang nicht zu verkennen iſt; es iſt darum das jus retentionis dieſer lex ſchon von Glück Com. Bd. 15. S. 125. mit Recht unter dieſe Kategorie I. gerechnet worden. Dieſe lex zeigt zugleich auch, daß die Aufwände nicht nur in Geld, ſondern auch in Geldes-Werth, in Sachen beſtehen können; ſie benennt als ſolche Waaren. Dieſes letztere geht auch aus §. 30—34. Inst. de rer. div. 2; 1. und l. 9. §. 1. 2. D. de a. r. d. 41, 1. hervor. — Ein ſeeneres Beiſpiel eines Aufwandes in Beziehung auf die Sache, zu Gunſten deren Liberirung aus fremden nexu, liefert l. 1. pr. D. quib. mod. pign. vel hypotheca solv. 20, 6. *verb. c.*

debitoris absentis amicus negotia gessit, et *pignora citra emtionem pecunia sua liberavit*. Jus pristinum domino restitutum videtur. Igitur qui negotium gessit, utilem Servianam dari sibi non recte desiderabit: *si tamen possideat*, *exceptione doli defenditur*.

Dieſe lex iſt zugleich ein Beleg, daß die Fälle oft aus dem Ge-

ſichtspuncte mehrerer Kategorieen conner ſind, denn der Geſetzesfall iſt hier auch aus dem Geſichtspuncte unſerer zweiten Kategorie als conner zu betrachten, wie wir ſpäter erwähnen wollen. —

b) Fälle des Aufwandes auf oder doch in Beziehung auf eine fremde Sache in der Meinung, ſie ſey die eigene, referiren: l. 23. § 4. l. 27. §. 5. l. 30. l. 48. 65. pr. D. de rei vind. 6, 1. — l. 7. §. 12. l. 9. §. 1. 2. D. de acq. rer. dom. 41, 1. — l. 14. D. de dol. mal. et met. exc. 44, 4. — l. 17. und 38. D. de her. petit. 5, 1. — l. 39. §. 1. l. 50. §. 1. l. 58. D. eod. col. l. 5. Cod. eod. 3, 31. — l. 44. §. 1. D. de damno infecto. 39, 2. — l. 29. §. 2. D. de pignor. 20, 1. (Mühlenbruch Lehrb. §. 319. num. 4). l. 14. §. 1. D. com. div. 10, 3. (ſiehe unten §. 85). — l. 33. D. de condict. ind. 12, 6. — l. 45. §. 1. D. de act. emt. 19, 1. — l. 11. und 16. Cod. de rei vind. 3, 32. und §. 30. Inst. de rer. divis. 2, 1. *verb.:*

> Certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, *posse eum per exceptionem doli mali repelli: utique, si bonae fidei possessor fuerit, qui aedificavit.*

§. 31. 32. 33. 34. Inst. eod. [1]) Die l. 17. und 50. §. 1. D. cit. und l. 65. pr. D. de rei vind. 6, 1. enthalten Fälle eines Aufwandes in Beziehung auf, von dem Aufwender für ſein Eigenthum gehaltene, Gegenſtände, die ſich inſofern als zu Gunſten der Sachen gemacht darſtellen, als auf denſelben gelegene Laſten damit getilgt wurden. Auch aus dem Geſichtspuncte

c) der Geſchäftsführung werden dieſe Fälle für conner gehalten, und deshalb wiederum ebenfalls unter Kategorie II. gerechnet werden können. Hieher gehören auch überhaupt alle Fälle der Geſchäftsführung, bei denen der Geſchäftsführer zu Gunſten der in ſeinen Händen befindlichen Sachen des Principals Aufwände hatte arg. leg. 1. pr. D. cit. quib. mod. pign. 20, 6.

1) S. Puchta über gerichtl. Klagen in Streitigkeiten der Landeigenthümer. Gieſſen 1833. §. 74.

— leg. 17. und 50. §. 1. D. cit. de her. pet. 5, 1. col. leg. 14. §. 11. l. 32. pr. D. de religios. 11, 7. — leg. 2. 10. 13. 49. D. de negot. gest. 3, 5. — leg. 5. pr. D. de obl. et act. 44, 7. — l. 39. pr. D. fam. ercisc. 10, 2. — l. 31. §. 1. et ibi glossa in verb.: „acturum“ D. de reb. cred. 12, 1. — leg. 14. §. 1. D. com. div. 10, 3. [2]), während ſie abermals auch unter Kategorie II. fallen. —

d). Einen Fall, bei dem der Aufwand in Beziehung auf die Sache in Handlungen beſteht, zeigen uns die leg. 25. 26. D. de procuratoribus. 3, 3. *verb.:*

> Item si retentione aliqua (ob sumptus factos in lite arg. l. 30. D. ibid. und ob salarium pro labore arg. l. 7. D. mandati 17, 1.) procurator uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda, nisi dominus ei solvere paratus sit.

Auf den Grund dieſer Vorſchriften dürfen der Sachwalter die ihm zu Führung des Prozeſſes von ſeinem Conſtituenten übergebenen Urkunden und die Mannalacten, ingleichen der Notarius die gefertigten Inſtrumente, überhaupt jeder Mandatar oder Procurator die ihm von dem Mandanten für den Zweck des Mandats übergebenen Sachen ſo lange retiniren, bis ſie ihr Honorarium erhalten haben [3]). Ihre Dienſte geſchahen in Beziehung auf das Geſchäft, mit welchem die erwähnten Objecte ſelbſt in Beziehung ſich befanden, daher die Foderung für die geſchäftlichen Leiſtungen dieſer Actoren unleugbar eine Beziehung zu jenen Ge-

2) Man vergleiche hieher Glück Com. Bd. 11. S. 152 sq. Bd. 5. S. 346. 347. u. S. 377. S. Schmidt theoret. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen u. Einreden. §. 1075. *Molignatus* l. l. qu. 87. 89. 110. *Richter* l. l. th. X. *Koenig* l. l. §. 28. num. (23). *Dan. Doering* l. l. §. 10. Not. e. *Althusius* l. l. num. 27.

3) *Koenig* l. l. §. 28. num. (1) (3) (24) (27). Glück Com. Bd. 5. §. 372. S. 126. Bd. 15. S. 126. *Strecker* de jure retent. §. 18. Faſelius a. a. O. §. 18. *Hellfeld* jurispr. for. §. 372. *J. F. Troppanneger* et *S. G. Hilliger* de retentione actorum advocato ob salarium non solutum competente. §. 14—33. *Gail* obs. L. H. obs. XII. num. 5. *Lauterbach* l. l. §. 21. *Schmidius* l. l. §. 13.

genſtänden hat. Es haben zwar Rechtslehrer [4]) dieſes Retentionsrecht auf anvertraute Documente nicht erſtrecken wollen, weil ſie als Depoſitum nach l. 11. Cod. depositi 4, 34. einem Retentionsrechte nicht unterlägen. Allein ich vermag dieſe von den Geſetzen nicht gemachte Ausnahme darum nicht für richtig anzuerkennen, weil zwiſchen einer nur deponirten und einer zur Benutzung im Geſchäfte übergebenen Urkunde ein weſentlicher Unterſchied iſt. Die Hingabe von Dingen von Seiten des Mandanten an den Mandatar als zu gebrauchende Mittel zur Ausführung des Mandates bildet kein Depoſitum, deſſen Inhalt ſich blos auf die custodia und die Pflicht zu jederzeitiger restitutio rei beſchränkt; die Grundſätze über Depoſitum paſſen daher nicht hieher. Auch Glück [5]) hat dieſe Ausnahme der Documente, wenn auch aus andern Gründen, als den meinigen, verworfen. Nur wo das Staatsintereſſe die Herausgabe der Urkunden und Acten erheiſcht, ceſſirt das Retentionsrecht der Sachwalter und Procuratoren, weil ſolchen, das Allgemeine angehenden, höheren Intereſſen die Privatintereſſen weichen müſſen [6]). Man ſehe auch oben §. 26. in fine. Auch iſt es nur Folge der oben §. 29. entwickelten Grundſätze, daß an Acten dritter Perſonen ein Retentionsrecht gegen den Dritten nicht ausgeübt werden darf, wie einzelne Rechtslehrer ſpeciell zu bemerken für verſorglich hielten [7]). —

e) Einen feenern Fall, worin Leiſtungen dem Geldaufwande gleichgeachtet werden, zeigt l. 53. §. 4. D. de furtis 47, 2. *verb.:*

4) *Joh. Christoph. Neller* diss. de postulando seu de advocatis causarum. (in opuscul. a Leuxnero edit. Tom. I. P. I. pag. 168 seq.) Sect. V. in supplem. quaest. ad §. 6. pag. 219. *Voet* Comm. Lib. III. Tit. 1. §. 6.

5) Comm. Bd. 5. S. 126 sq. Not. 59.

6) Glück Com. Bd. 5. S. 127. Not. 59. *Wernher* obs. for. T. II. P. VIII. obs. 98. *Cramer* obs. Tom. I. obs. 305. *Carpzov.* P. II. Const. 25. def. 23. — l. 51. §. ult. D. ad L. aquil. 9, 2.

7) *Cramer* obs. Tom. I. obs. 74. *Müller* promptuar. juris sub voce: Acta num. 22.

si ex donatione alterius rem meam teneas, et eam subripiam: ita demum furti te agere mecum posse, Julianus ait, si intersit tua *retinere possessionem, veluti si hominem donatum* noxali judicio defendisti, vel *aegrum curaveris, ut adversus vindicantem justam retentionem habiturus sis* [8]).

Noch fernere ſolche Fälle enthalten §. 33. 34. Inst. de rer. divis. 2, 1. und ſehe man in *Koenig* de jure retent. §. 28. 29. *Muhlpfort* l. l. thes. 8. Not. k. und thes. 17.

§. 58.

Fortſetzung.

Prüfung einzelner Fälle.

Die Rechtslehrer [1]) haben aus dem Grunde eines meiſt in Handlungen beſtehenden Aufwandes, welcher in Anſehung einer Sache gemacht worden iſt, häufig jura retentionis ertheilt, welche jedoch einer ſorglichern Erwägung bedürfen. Retentionsrechte ſolcher Entſtehung ſollen haben: der Schriftſteller an ſeinen Manuſcripten bis zur Bezahlung des Honorars, Handwerker, Künſtler, überhaupt alle diejenigen, welche an einer Sache oder wenigſtens in Anſehung derſelben gearbeitet, oder Dienſte geleiſtet haben, an dieſer Sache bis zur Erlangung ihres Verdienſtes, Porteurs, Briefträger, Lohnbedienten an den von ihnen zu be-

8) Ueber die ſämmtlichen in §. 57. angeführten und ähnlichen Connexitätsfälle vergleiche man noch *Koenig* l. l. §. 24. 25. und die §. 41. in den Noten 1. 2. §. 54. in den Noten 1—8. citirten Schriftſteller.

1) *Koenig* l. l. §. 28. *Althusius* l. l. num. 28—38. *Molignatus* l. l. qu. 43. 44. 45. 47. 48. 80. 86. 107. 193. 194. 205. 240. *Menoch* de recup. poss. remed. XI. n. 11 sq. *Colerus* de process. executiv. P. I. cap. II. num. 241—258. *Ludovici* l. l. §. 14. 15. 16. *Gail* obs. Lib. II. obs. 12. n. 5. *Carpzov* P. II. C. 25. def. 22 sq. *Lauterbach* l. l. §. 21. *Steinhauserus* l. l. §. 31. 32. 38. *Muhlpfort* (Strauch) l. l. th. 15. 17. u. 19. cum notis. *Meusell* (Romanus) l. l. th. 19. 20. *Richter* l. l. th. X. *Schmidius* l. l. §. 13. 22. *Struvius* diss. de jur. ret. membr. 3. num. 46. *Schnorr* l. l. §. 11. num. II. *Faselius* u. d. D. §. 18. Glück Comm. Bd. 11. S. 218. *Mevius* ad jus Lub. P. III. tit. 8. art 16. num. 6—13.

sorgenden Sachen, und Speisewirthe, überhaupt Gast- und Stallwirthe, Schiffer, Fuhrleute und dergleichen Personen an den Sachen der Gäste und Passagiere bis zur Bezahlung des Preises für Besorgung resp. Aufnahme, Herberge, Zehrung, Fütterung des Viehes, Verpflegungs-, Kur- und Beerdigungskosten in Krankheitsfällen des Gastes, Fahrgeld und Auslagen überhaupt, das Gesinde an dem Gesindedienste bis zur Bezahlung des Liedlohns, der Roßarzt am curirten Pferde bis zur Bezahlung der Kurkosten, der Schüler überhaupt jeder, welcher für die Krankheit oder das Leichenbegängniß eines andern Schülers Aufwände gemacht hat, an den zufällig etwa in seinem Besitze befindlichen Büchern des Andern bis zur Wiedererstattung des Aufwandes. Mehrere derselben Rechtslehrer gehen sogar so weit, wie wir früher schon in anderer Beziehung bemerkten, selbst dem Gefangenwärter das Recht beilegen zu wollen, den Gefangenen so lange im Gefängniß zurückzuhalten, bis der Gefangenlohn und die Aufwände auf denselben bezahlt worden seyen, ingleichen zu gestatten, einen aus der feindlichen Gefangenschaft losgekauften freien Menschen solange in Gewahrsam zu halten, bis die Loskaufssumme erstattet worden [2]).

Für Begründung des Satzes, daß Dienste, Handlungen überhaupt, die in Ansehung einer Sache geleistet wurden, einem auf die Sache gemachten Aufwande gleich beurtheilt werden dürfen [3]), spricht allerdings außer den citirten c. 1. in fin. X. 1, 41. — legb. 25. 26. col. leg. 30. D. de procur. 3, 3. und leg. 7. D. mandati 17, 1. auch die Glosse zu l. 26. §. 4. verb. retinebitur. D. de condict. indeb. 12, 6. [4]). Allein hieraus folgt an sich noch keineswegs die Befugniß zu unserm Reten-

2) *Mollgnatus* l. l. qu. 141. 193. *Althusius* l. l. num. 17. 35. *Colerus* l. l. num. 257.

3) *Colerus* l. l. num. 248. *Carpzov* P. II. C. 25. def. 23. *Lauterbach* l. l. §. 21. Faselius a. a. O. §. 18. princ. *Richter* l. l. th. X. *Koenig* l. l. §. 24. in fin.

4) Die Anmerkung der Glosse lautet: argumen. quia si mihi aliquid deberes, at res tua sine vitio ad me perveniat, propter debitum retentionem habeo. et sic facit pro scriptoribus ut possint retinere quaternos.

tionsrechte, wenn auch die Beziehung zwiſchen der Handlung und der Sache in concreto nicht zu verkennen ſeyn ſollte; es wäre ja möglich, daß das Recht zur Rückhaltung der Sache ein integrirender Theil eines andern Vertrags ſey und darum die Hingabe der Sache und Gegennahme des Honorars, Verdienſtgeldes, Lohnes überhaupt etwa nach den Grundſätzen über die Reihefolge der Leiſtungen bei dem in Mitte liegenden Vertrage ſich beſtimme, welchen Falles nach unſern Entwickelungen oben im §. 4. von einem eigentlichen Retentionsrechte nicht geſprochen werden könnte. Es iſt deshalb nothwendig, daß wir die einzelnen Fälle beſonderer Beurtheilung unterſtellen.

f) Das behauptete Retentionsrecht des Schriftſtellers an ſeinen Manuſcripten anlangend, ſo werden wir ein ſolches nicht als begründet annehmen können, denn hier wird ſich alles darnach richten, ob nach dem Vertrage, worin der Schriftſteller mit ſeinem Verleger ſteht, dieſer die Pflicht zur Vorausbezahlung des Honorars oder jener die Pflicht zur vorerſtigen Tradition des Manuſcripts beſitzt, oder beide Leiſtungen Zug um Zug gehen müſſen; im erſtern und letztern Falle wird das Recht zur Rückhaltung des Manuſcripts, wie in den Fällen des Kaufs einer Sache, nur integrirender Theil und Folge des beſondern Vertrages, folglich nach §. 4. oben kein jus retentionis ſeyn, und in dem zweiten ein Retentionsrecht bei der contractlichen Beſtimmung der vorerſtigen Tradition als contractwidrig gar nicht zuläſſig gehalten werden können. Wenn man ſich zu Begründung dieſes Retentionsrechtes auf §. 33. 34. Inst. de rer. divis. 2, 1. beruft [5]), ſo hat man ſehr Unrecht, denn das dort dem scriptor und pictor zugebilligte Retentionsrecht iſt ein ganz anderes, als hier in Frage ſteht, nämlich das Recht der Rückhaltung des fremden Eigenthums der chartae, membranae vel tabulae, worauf man mit eigenen etwa goldenen Lettern eine Schrift gefügt, oder ein Gemälde gezeichnet hat, um ſich vom Eigenthümer wegen dieſer ſeiner Zuthaten und Arbeiten befrie-

5) *Althusius* l. l. n. 31.

bigung zu schaffen. In diesen Fällen ist keine Rede von einem Verlagscontracte zwischen dem Schriftsteller oder Mahler und dem Verleger und einem Retentionsrechte wegen schuldigen Honorars, sondern lediglich die Rede von einem Retentionsrechte wegen freiwilliger Impensen auf fremdes Eigenthum, welches allerdings auch dem Schriftsteller und Mahler zusteht, aber auf jenes Retentionsrecht der ganz verschiedenen Verhältnisse halber keinen Schluß gestattet.

g) Ganz ähnlich verhält es sich mit dem auch behaupteten Retentionsrechte der Handwerker, Künstler und aller derjenigen, welche an einer Sache oder in Ansehung derselben thätig waren, wie Schneider, Schuhmacher, Uhrmacher, Hufschmidte, Wagner, Roßärzte, Goldarbeiter, Bauunternehmer, Briefträger, Lohnbedienten, Fuhrleute u. dergl. m. Bringt es der Vertrag, worin diese Personen mit dem Eigenthümer der Sache stehen, mit sich, daß sie erst Zahlung zu empfangen haben, ehe sie die Sache zurückgeben, so handelt es sich wieder um kein eigentliches Retentionsrecht, denn die Rückhaltung ist dann nur Folge der contractlichen Reihefolge der Leistungen; haben sie dagegen nach diesen erst zu retradiren, ehe sie Bezahlung begehren können, endigt sich etwa mit der Ablieferung der Sache erst ihre übernommene Pflicht, dann wird die retentio als contractwidrig ihnen abzusprechen seyn, und es wird ihnen im Falle einer Gefahr des Foderungsverlustes nur solche Sicherungsmittel zu suchen übrig bleiben, wovon ich §. 5. oben sprach. Die Frage über die Reihefolge der Leistungen bei solchen Verträgen zu entscheiden, gehört darum gar nicht hieher; sie wird sich jedoch gar nicht schwierig damach ergeben, je nachdem es sich dabei um einen Kaufvertrag, oder um eine locatio conductio operarum vel operis handelt. Hat der Käufer erst zu zahlen, ehe er tradirt begehren darf, oder gehen bei dem Kaufe die Leistungen Zug um Zug [6]), so hat der Verkäufer das Recht, die Sache vor dem Zahlungsempfange nicht auszuliefern; han-

6) Archiv für civ. Praxis. Bd. 17. S. 112—120. u. Bd. 18. S. 389—418. besonders S. 413. in fin. u. 417. princ.

delt es ſich dagegen um eine locatio conductio operarum vel operis, — was meiſtentheils der Fall ſeyn wird, da der Beſteller den Stoff gewöhnlich dazu liefert[7]) oder eben gemiethete Dienſte nur in Frage ſind, — ſo wird der Arbeiter erſt nach der Verfertigung und Billigung der Arbeit, alſo nach Ablieferung derſelben, oder nach gethanen Dienſten Bezahlung zu verlangen befugt ſeyn[8]). Wenn die Gegner[9]) zu Gunſten ihres vermeintlichen Retentionsrechtes ſolcher Perſonen auf l. 9. §. 1. 2. 3. D. de a. rer. dom. 41, 1. §. 30. Inst. cit. 2, 1. und l. 5. 6. D. qui potior. in pign. 20, 4. ſich berufen, ſo leuchtet die Unſtatthaftigkeit einer ſolchen Beziehung in die Augen, da in der l. 9. cit. und §. 30. cit. nicht von Vertragsverhältniſſen, welche die Rechte hier regeln, ſondern von Expenſen die Rede iſt, die in eine fremde Sache, ohne Pflicht dazu gegen den Eigenthümer, verwendet wurden, in den legb. 5. 6. cit. aber von ausdrücklichen mit Vorzugsrechte verſehenen Pfandrechten geſprochen wird[10]), welche, wo ſie beſtellt wurden, allerdings retentionem rei obligatae, aber aus den Gründen des §. 4. unſer Retentionsrecht nicht gewähren. Anders iſt es freilich dann, wenn Dienſte als Aufwände ſolcher Art, überhaupt Auslagen zu Gunſten der Sache eines Dritten ohne beſondere contractliche Pflicht dazu geleiſtet wurden oder wenn der Contract über die Zeit der

7) v. Wening Ingenheim Lehrb. III. Bd. §. 144. Glück Comm. Bd. 17. S. 319—323.

8) l. 30. §. 3. D. locat. 19, 2. — l. 12. §. 17. in fin. D. mandati 17, 1. *Lauterbach* colleg. theor. pract. Lib. 19. tit. 2 §. 114. u. Wening Ingenheim a. a. O. III. §. 158. Glück a. a. O. S. 476. 477. Heerwart im Arch. f. civ. Prax. Bd. 18. S. 408—413. Schweppe röm. Privatr. §. 466. col. §. 472.

9) *Althusius* l. l. num. 28. 30. *Richter* l. l. th. X.

10) Meiſner u. ſtillſchw. Pfandrechte §. 84. vergl. mit §. 201. Die leges 5. 6. D. 20, 4. gewähren arg. l. 26. u. 34. D. de reb. auct. jud. poss. 42, 5. nicht einmal ein ſtillſchweigendes Pfandrecht, ſondern wenn eine ausdrückliche Verpfändung nicht hinzutritt, nur ein perſönliches Vorzugsrecht, welches begreiflich in keiner Weiſe zur retentio rei befugen kann, indem es gar kein gegen die Sache zu verfolgendes Recht vergleicht. Glück Com. Bd. 19. S. 39—47.

Erſtattung ſolcher Foderungen und über die Reihefolge der gegenſeitigen Leiſtungen dabei keine Richtſchnur giebt, oder wenn der Leiſtende den Gegner völlig befriedigte und sine vitio in dem Beſitze der conneren Sache ſich befindet; in ſolchen Fällen iſt es keine Frage, daß arg. §. 33. 34. Inst. cit. 2, 1. — leg. cit. 9. §. 1. 2. D. 41, 1. — leg. cit. 25. 26. D. 3, 3. und leg. cit. 53. §. 4. D. 47, 2. auf ein Retentionsrecht Anſpruch gemacht, reſp. recurrirt werden darf, denn dann ſteht dem Walten dieſes Rechtes bei den übrigens conneren Verhältniſſen zwiſchen Foderung und Sache nichts im Wege [11]).

h) Das fragliche Retentionsrecht der Gaſt- und Stallwirthe, inſofern man es auf das in den legib. 3. 4. 6. 7. §. 1. 9. D. in quib. caus. pign. 20, 2. dem Vermiether conſtituirte ſtillſchweigende Pfandrecht an den Sachen des Miethmannes und auf l. 5. 6. D. cit. 20, 4. gründet [12]), wird wieder nur die in dem Pfandrechte begründete Befugniß zur retentio rei pignoratae ſeyn, welche ſich jedoch, das ſtillſchweigende Pfandrecht anlangend [13]), (denn bei dem ausdrücklichen kann es anders geregelt werden) nach den Grundſätzen über dieſes Pfandrecht nur auf die mit der actio locati zu verfolgenden Foderungen, nicht alſo auf etwa geleiſtete Beköſtigung, Bedienung, Fütterung, Verpflegungs- und Kurkoſten in Krankheitsfällen des Gaſtes und Beerdigungskoſten wie andere Auslagen für denſelben erſtreckt. Sieht man nun aber von der, jure pignoris auszuübenden, hieher nicht gehörigen retentio rerum ab, ſo wird man allerdings den genannten Perſonen an den Sachen der Gäſte, denen ſie mit den Gäſten Aufnahme, Herberge, alſo eine custodia gewährten, welche nach bekannten Grundſätzen ihnen hinſichtlich dieſer Sachen ſelbſt Leiſtungen und Haftungspflichten

11) Schweppe röm. Pr. R. §. 349. S. 300. *Cujacii* observ. IX. 8. Glück Comm. Bd. 11. S. 217 sq. u. Bd. 19. S. 58. num. V.

12) *Althusius* l. l. num. 33. *Celerus* l. l. num. 249–252.

13) Meißner a. a. O. §. 58. 60. S. 146. 147. § 62. Glück Comm. Bd. 18. S. 410 sq. 412. 419. 420. princ. *Hofacker* principia juris §. 1178. Not. b. Struben rechtl. Bed. Th. 3. Bd. 12.

auflaſtet [14]), das Retentionsrecht nicht verſagen können; Foderung und Sache ſtehen hier offenbar in einem Beziehungsverhältniſſe, und contractliche Grundſätze über die Reihefolge der Leiſtungen ſtehen hier auch nicht entgegen, da der Wirth, wenn er Zahlung für ſolche Präſtationen fodert, eben ſchon geleiſtet, den Gaſt befriedigt und deshalb ſeiner Seits auch Befriedigung zu begehren hat, die er jure retentionis zu ſichern und zu beſchleunigen nicht unbillig unternimmt [15]). Ebenſo ſcheint mir

i) das Retentionsrecht der Schiffsrheder an den zum Transport übernommenen Sachen (inſofern ihre Pflicht nicht mit der Aushändigung der Dinge erſt endigt) nicht aber das Retentionsrecht der bloßen Billardeurs, Schenk- und Speiſewirthe an den Sachen ihrer Spiel- und Tiſchgäſte begründet; denn während die nautae, gleich den caupones, in Anſehung der Sachen ſelbſt Leiſtungen und Haftpflichten haben, ſind dieſe Wirthe derartig gar nicht verhaftet [16]), und ihre Foderungen für Billardgeld und Zehrung ſtehen offenbar in gar keinem Beziehungsverhältniſſe zu den erwähnten Sachen, eine Beziehung, welche wiederum zwiſchen der Foderung des Fährgeldes ꝛc. und den transportirten Sachen ſich findet.

k) Das Retentionsrecht der Schüler und anderer Perſonen, welche für die Krankheit oder das Leichenbegängniß eines andern Schülers Aufwände gemacht haben, an den in ihrem Beſitze befindlichen Bü-

---

14) Glück Com. Bd. 6. S. 106—144.

15) *Colerus* 1. l. num. 252. u. l. 1. u. 5. D. nautae caupones 4, 9. Ueber die Gründe älterer Rechtslehrer zu Gunſten des jus ret. der Gaſtwirthe cf. *G. L. Blesendorff* (praeside *J. F. Rhetio*) diss. de hospitatura. Francof. ad Viadrum. 1666. (in des *Rhetius* diss. Vol. I. disp. XV.) Cap. IV. §. 1. *Richter* decis. 77. num. 37—43. (aus dem Blesendorff vorzügl. ſ. Gründe ſchöpfte) *Besold* thesaurus pract. sub voce: Gaſt, Gaſtgeber, Wirth, Tavern. *Carpzov* disq. 55. num. 13. u. p. 2. c. 25. def. 22. n. 5. 6. 7 sq. A. M. iſt *Menoch* remed. V. recup. poss.

16) Schweppe a. a. O. §. 349. S. 300. *Cujacius* obs. IX. 8. Glück Com. Bd. 6. S. 107 eq.

chern bis zur Erstattung des Aufwandes [17]) vermag ich als begründet nicht anzunehmen, denn zwischen diesem Aufwande und den fraglichen Büchern ist doch nicht der mindeste Zusammenhang zu erkennen. Will man dieses Retentionsrecht auf l. 4. C. de petit. her. 3, 31. stützen, so vermengt man Compensation mit Retention und generalisirt eine Vorschrift bei Restitution einer Erbschaft [18]) auf Fälle simpler Herausgabe fremden Eigenthums, was ich hier, wo alle Connexität zwischen Foderung und Sache mangelt, nur für unzulässig betrachten kann. Diese Connexität vermag auch nicht etwa durch das privilegium exigendi der Begräbnißkosten hergestellt zu werden, da dieses nur ein rein persönliches Recht des Gläubigers gegen Mitgläubiger ist [19]). Bezieht sich *Baldus* l. l. noch auf l. 27. D. de religios. 11, 7. — l. 24. §. fin. D. de reb. auct. jud. 42, 5. und l. 22. §. 9. Cod. de jure delib. 6, 30. so verhält es sich damit ähnlich wie mit dem Citat der l. 4. Cod. 3, 31. Die l. 27. cit. spricht nur von der Pflicht, die Begräbnißkosten zu bezahlen, die l. 24. §. fin. cit. von dem Vorzugsrechte gewisser Gläubiger, und die l. 22. §. 9. cit. von dem Rechte der Abrechnung der Begräbnißkosten am Nachlasse, also von Pflichten und Befugnissen, aus denen jenes Retentionsrecht nicht folgt.

Dagegen ist l) das Retentionsrecht der *ab hostibus redempti* in den römischen Gesetzen [20]) allerdings begründet [21]). Allein nach jetzigen Grundsätzen darf dasselbe so wenig, als das

17) *Menoch* l. l. (not. 280) *Molignatus* l. l. qu. 48 *Ludovici* l. l. §. 16. *Schmidius* l. l. § 22. *Baldus* in l. 1. Cod. ob chirograph. pec. 8, 27. in l. 4. num. 1. Cod. de petit. hered. 3, 31 u. in l. ult. Cod. commodat. 4, 23.

18) Man sehe *Brunnemann* ad h. leg. 4 C. 3, 31.

19) v. Wening Ingenheim a. a. O. III. §. 35. 36. u. 261. Glück Com. Bd. 11. S. 429 sq. Meißner a. a. O. §. 201.

20) l. 43. §. fin. D. de legat. I. 30. l. 2. l. 11. 13 15. 17. Cod. de postlim. revers. 8, 51. — l. 20. §. 1. D. qui testam. 28, 1. — l. 15. D. de captiv. 49, 15. — l. 3. §. 3. D. de libero homine. 43, 29. S. unten §. 73.

21) Meißner a. a. O. §. 198.

Retentionsrecht des Gefangenwärters am Gefangenen bis zur Bezahlung des Wärterlohns und der Aufwände, für zuständig betrachtet werden, da und resp. wo der Mensch jetzt eine res extra commercium ist. Wenn auch die Römer den redemptum arg. l. 2. Cod. 8, 51. nicht für einen Sklaven ansahen, so hielten sie ihn arg. leg. 2. D. 43, 29. doch auch nicht für einen Freien, und es lag ihnen, da sie die Sklaverei für erlaubt achteten, näher, auch an einem freien Menschen einmal in analogen[22]) Verhältnissen einen, ihn wie Sache behandelnden, Zustand zuzulassen, was unsern rechtlichen und religiösen Grundsätzen widerstrebt. Des Gefangenwärters angebliches jus retentionis ist durchaus unstatthaft, weil die Entlassung eines Gefangenen nach unserm Recht lediglich vom Richter und nicht vom Gefangenwärter abhängt, diesem in dieser Beziehung eigene Dispositionsrechte über den Gefangenen gar nicht zustehen.

m) Das Retentionsrecht des Gesindes am Gesindedienste bis zur Bezahlung des Gesindelohns ist nach den Grundsätzen der §§. 19. 22. 26. 33. 45. völlig unstatthaft. Am Gesindedienste läßt sich kein den Andern ausschließender Besitz denken; die Inhabung seines Inhaltes hängt von der Willkühr der Dienstherrschaft, nicht des Gesindes ab. Höchstens ließe sich die retentio habitationis denken; allein zwischen der Foderung und der habitatio ist keine Connexität, da die Dienste, wofür die Foderung erwuchs, nicht zu Gunsten oder in Beziehung auf die habitatio geschahen, welche das Gesinde genoß. S. §. 42. Es ist daher auch früher schon dieses angebliche jus retentionis von Faselius §. 18. in fin. und andern verworfen worden. Es kann doch nicht Wirkung dieses Rechts seyn, daß die Herrschaft dem Gesinde die Pflichten erfülle, welche das Gesinderecht mit sich bringt, da das jus retentionis den Retentionsgegner zur Thätigkeit für das jus retentionis nicht verpflichtet. Zu behalten, was man hat, nicht aber zu begehren,

22) Meißner a. a. O. *Nic. Hert* diss. de lytro. Sect. II. §. 32. in Opusc. T. I. pag. 204. *Reinhardt* diss. de nonnullis pragmaticorum erroribus circa doctrinam de tacita hypotheca. Goett. 1736. §. 22.

was man nicht in detentione hat, befugt daſſelbe; giebt nun die Herrſchaft dem Geſinde wedee Nahrung, noch Lohn und Obdach mehr, ſo fällt dieſe retentio in ſich ſelbſt zuſammen. Das Miethcontractrecht exiſtirt, wenn dee Contract zu Ende ging, offenbar nicht mehe, dahee es auch nicht retinirt werden kann.

§. 59.
Foetſetzung.

n) Die lex 8. pr. D. de pignor. act. 13, 7. verb.:

„si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebo.“

gewährt uns ein recht ſchlagendes Beiſpiel füe den im §. 4. oben aufgeſtellten Satz: es könne ſich treffen, daß die beſondern Vertragsrechte die retentio rei in Fällen geſtatteten, wo auch das eigentliche Retentionsrecht ſtatthaft ſeyn wüedè, wenn jene Vertragsrechte die Rückhaltung nicht ſchon zuſtändig machten ꝛc. Da das Pfandeecht auch auf die Verwendungen in die verpfändete Sache ſich erſtreckt [1]), ſo daef die letztere dem Pfandſchuldnee gegenübee begreiflich *jure pignoris* wegen ſolcher Auslagen eetinirt werden; es handelt ſich demnach bei dieſem Rechte dee Rückhaltung für die Foderung dee Impenſen auf die res pignorata, wie bei dem für die Foderung dee Hauptſchuld, nicht um unſer eigentliches Retentionsrecht. Siehe jedoch den Fall sub lit. t). Anders abee iſt es hinſichtlich

o) der Verwendungen auf die res vendita, welche der Käufee dem Verkäufer zu erſtatten hat [2]); dieſe befugen wie Ver-

1) l. 8. §. 5. D. de pign. act. 13, 7. — l. 4. C. de usuris 4, 32. — l. 6. C. de pignor 8, 14. v. Wening Ingeoheim a. a. O. II. Bd. §. 129. Thibaut Syſt. §. 792. Mühlenbruch Lehrb. §. 304. in fin. Meißner a. a. O. §. 42. 45. S. auch unten §. 64. Not. 1.

2) l. 13. §. 22. l. 38. §. 1. D. de act. emt. 19, 1. — l. 40. §. 1. D. de cond. et dem. 35, 1. — l. 16. Cod. eod. 4, 49. Weſtphal Lehre vom Kauf u. Pacht ꝛc. §. 560. S. oben §. 28.

wendungen auf die res alteri debita überhaupt, caeteris paribus, zum Retentionsrechte; ferner hat der Käufer, wenn nach den Grundsätzen des ädilitischen Edicts wegen Mängeln der Verkaufsvertrag rückgängig wird, wegen Verwendungen auf die Sache ein Retentionsrecht auf das Kaufobject, und zwar nur dieses ohne Klagrecht deshalb [3]). Nicht minder steht

p) dem Conductor (Inquilinus wie Colonus) wegen Verwendung auf die Sache und Auslagen in Beziehung auf dieselbe das jus retentionis an der res locata zu [4]). Ebenso ist es

q) für eine Verwendung in die Sache des Andern anzusehen, wenn der Bürge durch Bezahlung oder Sicherstellung des Gläubigers die verhaftete Sache des Schuldners von ihrer Haftpflicht befreit, daher dem Bürgen auch das jus retentionis an dieser Sache zusteht [5]). Siehe oben §. 45. Hierher ist ferner zu rechnen

r) das Retentionsrecht desjenigen, welcher Geld zur wirklich erfolgten Abzahlung des Gläubigers eines Mündels hergeliehen hat, an der ihm ungültig in Pfand gegebenen Sache arg. leg. 7. §. 5. D. de reb. eorum qui sub tut. 27, 9. col. l. 16. pr. D. de pignor. act. 13, 7. verb.: „scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat." l. un. Cod. de reputat. 2, 48. verb.: „qui

3) l. 29. §. 3. l. 30. §. 1. D. de aedil. edict. 21, 1. Westphal a. a. O. §. 526. v. Wening Ingenheim a. a. O. III. B. §. 384. Not. l. Glück Com. Bd. 20. S. 84 sq.

4) l. 55. §. 1. l. 61. pr. D. locati. 19, 2. — l. 12. D. de vi arm. 43, 16. — l. 27. C. de loc. 4, 65. Westphal §. 939 sq. Glück Com. Bd. 17. S. 496. *Lauterbach* coll. th. pract. Lib. 19. tit 2. §. 103. *Stryk* us. mod. ib. §. 78. *Mevius* P. III. decis. 43. *Richter* l. l. th. X. *Cocceji* jus controv. ib. qu. 39. *F. A. Luschwitz* (praes. *Ch. H. Breuning*) quaestio, an conductori in re conducta licita sit retentio etc. Lips. 1771. *Emminghaus* ad Cocceji l. l. Not. u. u. w. *Melignatus* l. l. qu. 79. 134. 280. 117. 118. *Menoch* de recup. poss. remed. 11. num. 19. 20. remed. 15. num. 550. *Koenig* l. l. §. 28. num. (10). *Mühlpfort* l. l. th. 16. Not. §. o.

5) *Schmidius* l. l. §. 21. *Koenig* l. l. §. 28. num. (16). *Richter* l. l. th. X. l. 9. §. 3. D. de pign. act. 13, 7. S. oben §. 42. Not. 2.

restituitur in integrum, sicut in damno morari non debet, ita nec in lucro.“ *Mühlpfort* l. l. th. 8. Not. λ. nennt als Grund dieser Retention: quod a detentatore occasione rei, quam detinet, ad dominum ejus transit commodum. Die Befreiung einer Sache eines Mündels von einem Pfandrechte ist offenbar eine versio in dessen ganzes Vermögen, daher es gegen die Billigkeit streiten würde, eine zur Sicherheit, wenn auch ungültig, bestimmt gewesene Sache zurückfodern zu dürfen, ehe die in des Pupillen Nutzen gelangte Foderung des Besitzers der Sache befriedigt wurde. Man vergleiche hieher jedoch noch unten §. 68. lit. c) und Glück Com. Bd. 33. S. 25. Aehnlich ist auch

s) das Retentionsrecht des Käufers eines ungültig veräußerten Mündelgutes an diesem wegen des zum Nutzen des Mündels verwendeten Kaufgelbes, sowohl der nothwendigen als nützlichen Verwendungen halber, bis zu deren Befriedigung arg. leg. 7. §. 5. l. 13. §. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. 27, 9. — l. 14. D. de cond. ind. 12, 6. — l. 9. C. de usuc. pro emtore 7, 26. — l. 16. D. quae in fraud. cred. 42, 8. — l. 4. 10. 14. und 16. in fin. Cod. de praed. et aliis reb. minor. 5, 71 [illegible] 6). Da nur, wenn der Pupill Nutzen von dem Handel hatte arg. leg. 32. §. 4. D. de admin. et peric. tutor. 26, 7. und leg. 13. §. 1. in fin. cit. die Foderung des Käufers statt findet, so kann über die Connexität dieser Foderung nach Kategorie l. kein Zweifel seyn. Man vergleiche hierher noch oben §. 24. Not. 5. — Beide unter r) und s) erwähnten Retentionsrechtsfälle ruhen auf einer Basis mit dem in l. 1. Cod. si al. res pign. 8, 16. vorgetragenen, oben §. 57. princ. erwähnten, Falle.

t) Der dritte Besitzer im guten Glauben hat wegen verwendeter Kosten für den Wiederaufbau eines ganz vernichteten Hauses arg. l. 29. §. 2. D. de

6) Glück Com. Bd. 33. S. 62—72 Rudorff das Recht der Vormundschaft ꝛc. Bd. II. Berlin 1833. §. 14 N. IV. S. 431—434.

pignoribus 20, 1. und wegen des Aufwandes für Ausbesserung des Gebäudes, wenn er drohenden Schadens halber *in possessionem* mittirt worden war, arg. l. 44. §. 1. D. de damno infecto 39, 2. an der ihm mit der Pfandklage abgefoderten Sache gegen den Pfandgläubiger das Retentionsrecht, welches dem Käufer und folgeweise jedem voluntaren Erwerber einer verpfändeten Sache arg. leg. 44. §. 1. cit. ausdrücklich versagt worden ist, weil er, wie das Gesetz sagt, bei Erwerbung der Sache sich mehr hätte vorsehen können und müssen (is, qui emit, sua voluntate negotium gerit; ideoque diligentius a venditore sibi cavere et possit et debeat: quod non aeque et de eo, cui damni infecti non promittatur, dici potest,) und nach der Meinung der Rechtsgelehrten [7]) solche Aufwände arg. l. 7. §. 2. D. de usufr. 7, 1. für den Gebrauch der Sache gerechnet werden, oder arg. l. 34. §. 2. D. de eviction. 21, 2. nur regrediendo von dem Beklagten gegen dessen autor zu verfolgen sind. Ganz nach denselben Grundsätzen richtet sich auch das Innebehaltungsrecht des Pfandgläubigers wegen Impensen gegen den bevorzugteren Pfandgläubiger [8]), da sein Pfandrecht eben nur, insoweit die Sache pretiosior facta est, was von bloßen Erhaltungskosten für die Sache nicht effectuirt wird, dem andern Pfandrechte vorgeht. Siehe jedoch oben lit. n. und unten §. 63. lit. c. mit Note 1. Vergleiche hierher aber überhaupt noch unten §. 79. sec. fin.

u) Das Retentionsrecht des *bonae fidei possessor* wegen Aufwandes für den Fruchtgenuß, findet

7) Die glossa zu l. 44. §. 1. D. 39, 2. *Cujacius* ad Africanum. tract. 9. in l. 44. § 1. D. de damno inf. pag. 607. *Faber* in Cod. Lib. 8. tit. 6. def. 19. n. 1. *Voet* ad Pand. Lib. 20. tit. 1. §. 4. *Mevius* P. 5. decisio 396. n. 3. Duistorp rechtl. Bemerkungen. Th. 2. Bem. 72. Schweppe röm. Privatr. §. 356. Wächter im Arch. für civ. Praxis, Bd. 14. S. 371. mit Not. 29. Glück Comm. Bd. 18. S. 351—353. Mühlenbruch Lehrb. §. 319. num. 4) mit Not. 12).

8) Wächter a. a. O. S. 371. 372. Sintenis Pfandrecht. §. 59. E. S. 580.

hinsichtlich der bereits percipirten, von der Sache schon getrennten Früchte nur an diesen Früchten, nicht aber an der fruchtbringenden Sache selbst statt, was den Grundsätzen über Connexität der Foderung ganz consequent ist. Der Aufwand geschah nicht zur Erhöhung des Werthes der Substanz der Sache an sich, also nicht zu Gunsten der Sache, sondern zu Gunsten der Früchte, folglich gewissermaaßen nur in die Früchte. Sind diese Früchte nun getrennt von der Sache, so kann man durch den Aufwand die Sache nicht als verbessert, eher als verringert ansehen, da ihre Ausgiebigkeit der Fruchterzeugung sie regelmäßig eher in etwas absorbiren, als melioriren wird. Ferner steht der Aufwand auch gar in keinem Zusammenhange mehr mit der Sache, indem der Theil derselben, worin dieser Zusammenhang mit ihr früher, ehe die Früchte bezogen waren, vermittelt wurde, nach der Perception von der Sache getrennt worden ist; das medium connexitatis ist dadurch aufgehoben worden, und nur zwischen den Früchten selbst und der Aufwandsfoderung noch Connexität geblieben. Die l. 48. D. de rei vindicatione stellt ihren Entscheidungsgrund für das Retentionsrecht der Früchte halber auf den Umstand, praedium melius factum esse, wodurch die vorgetragenen Ansichten offenbar bestätigt werden, da perceptis fructibus das praedium nicht mehr melius ist. Anders verhält es sich dagegen rücksichtlich der von der Sache noch nicht abgesonderten Früchte. Diese gelten arg. leg. 44. D. de rei vind. 6, 1. — l. 61. §. 8. D. de furt. 47, 2. — l. 12. §. 11. D. de instructo. 33, 7. noch als Theile der Sache selbst, durch sie hängt also die Foderung der Aufwände noch mit der Sache zusammen, wodurch das Retentionsrecht an derselben als begründet sich darstellt [9]). Ist die Sache dem Besitzer für eine andere Foderung verpfändet, so darf er freilich wegen der Impensen sowohl auf

9) v. Bülow Abhandl. üb. einzelne Materien des röm. Rechts. Th. II. Abh. 24. num. 4. S. 221 — 223. *Koenig* (Reumer) l. l. §. 14. num. (13) subdivisio (1). *Molignatus* l. l. qu. 11. „principale non sequitur accessorium.“ Daher getrennte Früchte kein jus ret. rei principalis begründen. *Bartolus* in l. 7. §. 15. D. sol. matrim. 24, 3.

fructus perceptos wie pendentes arg. leg. un. C. etiam chirograph. pecun. 8, 27. das Retentionsrecht an der Sache ausüben. Siehe unten §. 69. und 71. lit. a). b).

v) Das Retentionsrecht des Wiederverkäufers gegen den Wiederkäufer wegen nothwendiger und nützlicher Verwendungen auf die Sache. Hierüber vergleiche man oben §. 28. u. die Note 4. daf. citirten Schriftsteller.

w) In Kaufmännischen Verhältnissen wird es sehr häufig vorkommen, daß derjenige, welcher Waaren an einen andern Kaufmann abzuliefern hat, die Waaren so lange retiniren will, bis ihm der Andere Foderungen befriedigt, die ihm gegen den Andern zustehen. Es findet sich dieses am häufigsten und auf verwickeltste Weise im Commissions- und Speditionshandel. Der Commissionär oder Spediteur, welchem gegen den Committenten oder resp. den dezeichneten Waarenempfänger, den Destinatär, Foderungen zustehen, wird oft versucht, zu Gunsten dieser Foderungen das Commissions- oder Speditionsgut zu retiniren, ihm solches nicht früher, als bis er seine Foderungen befriedigt erhielt, auszuantworten [10]). Beurtheilen wir eine solche Retention nach gemeinrechtlichen Grundsätzen ohne Rücksicht auf specialrechtliche Grundsätze des Handelsrechts, so werden wir hierüber nur also urtheilen können. Wegen aller Foderungen, welche mit dem Speditionsgute, überhaupt dem Kaufmannsgute in Connexion [11]) stehen, etwa durch

10) Man vergleiche über solche Fälle: Archiv für das Handelsrecht. Herausgegeben von einigen Hamburgischen Rechtsgelehrten. Band II. Heft II. Hamburg 1819. Abh. IX. Drei Fälle über das Retentionsrecht desjenigen Spediteurs, welchem der Absender zugleich das Accept der auf die Waare entnommenen Tratte auftrug. S. 199—225. von C. Trummer. Dr. Meno Pöhls Darstellung des gemeinen deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts für Juristen und Kaufleute. Erster Band. Hamburg 1828. §. 116. S. 266 sq. §. 117. S. 276. 277. Nr. 12). §. 120. S. 284 sq. lit b). — Dr. Bender Grundsätze des deutschen Handlungsrechts. Bd. I. Darmstadt 1824. §. 72. S. 167. §. 73. S. 168. §. 95. S. 212. Nr. 7). §. 112. S. 240 sq.

11) Im cit. Archiv für das Handelsrecht S. 211 deutet ein

Aufwände in oder in Beziehung auf dasselbe, oder sonst durch dasselbe verursacht worden sind, oder welche aus demselben Rechtsgeschäfte herrühren, aus dem der Kaufmann oder Spediteur zur Auslieferung der Waare verbunden ist, oder die ausdrücklich voluntate partium mit der Waare in Connexion gebracht wurden, wegen aller solcher Foderungen wird dem Commissionär oder Spediteur das Retentionsrecht an der Waare nicht zu versagen seyn. Findet sich dagegen zwischen dem Kaufmannsgute und der Foderung ein solches Connexionsverhältniß nicht, so kann dem Commissionäre oder Spediteure blos darum, weil er an dem Committenten oder Destinatäre etwas zu fodern hat, nach gemeinen, hier nur interessirenden, Rechtsgrundsätzen das sich angemaaßte Retentionsrecht keineswegs gestattet werden. Für den Fall der Gefährde muß er dann zu andern Sicherungsmitteln seine Zuflucht nehmen. (Siehe oben §. 5.). — Es ergiebt sich, daß das vorhin hier als zulässig erklärte Retentionsrecht, für dessen Statthaftigkeit freilich ebenfalls noch in Rücksicht zu nehmen ist, ob nicht der Inhalt des unterliegenden Hauptvertrages die Retention schon als Ausfluß dieses Vertrages oder als contractwidrig darstellt, Connexionsfälle sämmtlicher Kategorieen bietet. Des Zusammenhanges willen habe ich dieses Retentionsrecht nicht unter alle Kategorieen spalten, sondern hier im Ganzen beurtheilen wollen.

§. 60.

Fortsetzung.

Das Retentionsrecht des Ehemannes wegen Verwendungen auf die dos.

Das Retentionsrecht des Ehemannes wegen Verwendungen auf die *dos* ist in neuerer Zeit so gründlich und erschöpfend erörtert worden, daß ich Gesagtes unnöthig nur

Erkenntniß des Hamburger Handelsgerichts vom 30. Novbr. 1818. auch auf das Requisit der Connexität zwischen der Foderung des Spediteurs und dem Speditionsgute hin. Meno Pöhls a. a. O. trägt die Grundsätze meines Textes vor.

wiederholen würde, wollte ich die frühere Controverſe [1]) darüber ausführlich hier behandeln. Ich beſchränke mich jetzt nur darauf, die Ergebniſſe der neuern Forſchung, denen ich völlig beiſtimme, kurz zuſammenzuſtellen. Am überzeugendſten lehren Glück Comm. Bd. 27. S. 437—454. und Tigerſtröm Dotalrecht Bd. II. §. 64. S. 315—329. und Not. 51. auf S. 329. auch §. 59. S. 251. u. §. 56. S. 221. 222. ingl. §. 57 bis 61. incl. S. 223—276. Hiernach hat es, mit Hinblick auf meine in §. 45. vorgetragenen Grundſätze über urſprüngliche und poſitive Connexität der Foderungen mit der res retenta, hinſichtlich des Retentionsrechtes des Ehemannes an der dos folgende Bewandtniß. Urſprünglich gab es zur Geltendmachung der Gegenfoderungen des Ehemannes gegen die rei uxoriae actio keine beſondere Klage, etwa eine actio contraria des Hauptgeſchäfts ſelbſt, obſchon doch ſonſt bei der procuratoriſchen Geſchäftsführung ſowohl eine actio mandati als negotiorum gestorum contraria die nothwendige Hülfe verſchaffte. Der Ehemann konnte ſich nur durch Abrechnung von der dos (Compenſation) oder durch Zurückbehalten derſelben, bis er von der Frau auf

1) Ueber die Rechtslehrer, welche wegen l. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. 5, 13. alle Retentionen wegen Verwendungen ohne Ausnahme für aufgehoben betrachteten, vergleiche man: Glück Com. Bd. 27. S. 436. Not. 46.; ich füge noch hinzu: *Lauterbach* l. l. §. 24. n. 5. *Schnorr* l. l. §. 13. Zimmern Geſchichte des röm. Privatrechts. Bd. I. §. 170. S. 622. 623. Not. 12. Die gewichtigſte neuere Schrift iſt die von *Valette* l. l. appendix. Ueber die Rechtslehrer dagegen, welche ein Retentionsrecht bei nothwendigen Verwendungen noch zulaſſen, ſehe man: Glück a. a. O. S. 436 sq. Not. 48.; auch dieſen füge ich noch hinzu: *Koenig* l. l. §. XIV. n. 2). *Richter* l. l. th. X. *Ludovici* l. l. §. XI. Faſelius a. a. O. §. 17. in fin. *Molignatus* qu. 69. et ibi citt. script. *Heiseler* l. l. §. 30. Not. 3. in fin. *Mühlpfort* (Strauch) l. l. th. 12. cum notis. Glück a. a. O. S. 437—454. u. Bd. 15. S. 126. Not. 52. *Hellfeld* jurispr. forens. §. 1281. Hufeland Lehrb. §. 957. Not. c). Schweppe röm. Pr. R. §. 689. Not. 3. S. 161. Seuffert Lehrb. III. Bd. §. 462. Tigerſtröm Dotalrecht. §. 64. S. 315—329. (der nicht, wie Thibaut meint, wider, ſondern für dieſes jus ret. iſt). Mackeldey Lehrb. ed. 10. §. 524. Not. h. (auf Glück und Tigerſtröm ſich berufend). Thibaut Syſt. ed. 8. §. 358.

andere Weise befriedigt war, helfen. Hierin lag die besondere Bedeutung der 5. retentiones propter liberos, mores, impensas, res donatas und res amotas, von welchen Ulpian in dessen Fragm. tit. 6. §. 9 sq. und l. un. §. 5. Cod. d. r. u. a. 5, 13. (s. auch oben Einleitung §. I.) uns Kunde geben und die für die actio rei uxoriae von alleiniger höchst wesentlicher Bedeutung waren; sie enthielten sicherlich die häufigsten und ausgezeichnetsten Gründe der Retention gegen die Klage, daher auch nur sie von Justinian in der l. un. §. 5. C. cit. berücksichtigt wurden, obschon sie wohl nicht die einzigen Retentionen gewesen seyn mögen, wie aus l. 24. §. 6. u. l. 66. §. 1. D. sol. matrim. 24, 3. entnommen werden kann. Die in diesen Retentionen behandelte Zurückhaltung umfaßte zweierlei Befugnisse, das Recht der Deduction oder Compensation und das jus retinendi in unserm eigentlichen Sinne des Wortes Retentionsrecht. Dieses letztere Recht war bei dem Institute der rei uxoriae actio so eigenthümlich geartet, daß es auch allein nur dem verklagten Ehemanne zur Befriedigung seiner Gegenforderung verhelfen konnte, und darum auch in Fällen statt fand, in denen gegen die sonstige Regel zwischen Foderung und Sache ursprünglich keine Connexität vorhanden war. Der Zustand, daß der Ehemann, wenn er es einmal versehen hatte, nicht zu retiniren, kein Mittel zur Erlangung seiner Foderungen besaß, mußte nach und nach als unbillig und ungerecht auffallen; daher kam es, daß die spätere Zeit Modificationen durch Klagmittel eintreten ließ, wodurch bis auf Justinian die alten Retentionen ihre wesentliche Bedeutung verloren hatten, so daß Justinian im Geiste dieser Modificationen zu bestimmen veranlaßt wurde: die alten Retentionen gegen die rei uxoriae actio in das Wesen seiner neuern actio ex stipulatu mit aufzunehmen, sey unnöthig geworden. Justinians Gründe hierzu waren, daß a) hinsichtlich der retentio ob mores durch kaiserliche Constitutionen ein ganz anderes Verhältniß gesetzlich geworden war, und der Ehemann ob mores nicht mehr nur eine Quote der dos, sondern die ganze dos oder, wenn keine bestellt war, den vierten Theil des ehe-

weiblichen Vermögens bekam, von einer eigentlichen retentio alſo nicht ſowohl, wie vielmehr von einer compensatio oder perceptio, oder, falls der Ehemann keine dos beſaß, von einer actio hier die Rede ſeyn konnte, b) hinſichtlich der retentio ob res donatas und amotas aber der Ehemann ſich zur Erlangung ſeiner Gegenforderungen auf andere Weiſe durch Klagmittel, wie ihm ausdrücklich auch für die Zukunft geſtattet ſeyn ſollte, helfen konnte, c) die retentio ob liberos dagegen ihrem ganzen Inhalte nach von Juſtinian für unzweckmäßig angeſehen, und darum ganz Gegenſtandslos gemacht worden war, endlich d) die retentio ob impensas auch durch Klage oder andere Mittel entbehrlich erſchien. In dem Geiſte dieſer Beſtimmung liegt es jedoch, daß Juſtinian nur aufheben wollte, was als ſinguläre Eigenthümlichkeit bei dem Inſtitute der älteren rei uxor. actio gegen die ſonſtige gemeinrechtliche Regel gegolten hatte; was nach gemeinrechtlichen Grundſätzen an ſich ſchon galt, ſollte keineswegs von ihm einer Umänderung unterworfen werden, denn er wollte ja das Recht ſeiner actio ex stipulatu ganz den allgemeinen Regeln gemäß beſtimmen. Aus dieſem Grunde iſt, als von ſeiner abändernden Beſtimmung nicht getroffen, anzuſehen *das Recht der Retention qua Deduction oder Compenſation*, welches ſchon bei allen übrigen judiciis bonae fidei regelmäßig beſtand, und *das Recht der eigentlichen Retention in gleich urſprünglich connexen Fällen*, was ja auch ſchon nach allgemeinen Grundſätzen dem Gläubiger ſolcher Foderungen geſtattet war; daher auch die retentio ob impensas, inſoweit bei ihr die Geſetze an ſich die Rückhaltung der dos geſtatten, als nicht aufgehoben angeſehen werden muß. Die von Juſtinian in ſeine Compilation ſelbſt aufgenommenen leges 5. pr. §. 2. l. 7. §. 1. l. 8. 9. 10. 11. D. de impens. in res dotal. fact. 25, 1. — l. 56. §. ult. D. de jure dot. 23, 3. — l. 5. D. de dote praeleg. 33, 4. — l. 7. §. 16. D. sol. matr. 24, 3. — §. 37. Inst. de action. 4, 6. nun geſtatten neben den erlaubten Klagrechten das eigentliche Retentionsrecht wegen Verwendungen auf die dos *nur* hinſichtlich der impensae ne-

cessariae; womit auch nach Glücks Entwickelung a. a. O. S. 437. u. 441 sq. die Worte der l. un. §. 5. Cod. cit. völlig übereinstimmen. Es ist demnach auch nach dem neuesten römischen Rechte nur das Retentionsrecht an der *dos* wegen nothwendiger Verwendungen noch für zulässig zu betrachten, dieses aber um so gewisser, als, wie Glück a. a. O. sehr richtig bemerkt, Justinian in seiner Institutionenstelle §. 37. cit. verb.: „sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet" (welche jünger ist, als die im Jahre 530 gegebene l. un. Cod. 5, 13.) auf die Bestimmungen in den Pandectenstellen verweist, diese citirten Stellen aber offenbar nicht blos von der Compensation, sondern auch von dem eigentlichen jus retentionis reden, daher auch der Ausdruck „retentio" in den Institutionen nicht blos von compensatio, sondern ebenfalls auch vom jus retentionis verstanden werden muß. Worin impensae necessariae bestehen, ist aus l. 79. pr. D. de verb. signf. 50, 16. — l. 14. pr. l. 15. 16. D. de impens. in res dot. 25, 1. und *Ulp.* fragm. 6, 15. klärlich zu entnehmen; sie sind hiernach solche, ohne deren Aufwand die dos ganz oder zum Theile zu Grunde gegangen seyn würde, daher sie zur Erhaltung der Substanz derselben unumgänglich nothwendig erachtet werden mußten. Es ergiebt sich: Justinian hob auf, was früher als mit der dos positiv conner dieselbe reklamiren ließ; die positiven Schöpfungen also, welche als solche immer nur wie künstliche Erweiterungen der natürlichen Regel erschienen, vernichtete er, nicht aber die ursprüngliche retentio, insoweit sie ohne jenen positiven Schutz schon gemeinrechtlich zustand, und nur Ausfluß der gewöhnlichen Regel war. Wenn man [2]) bei dem praelegatum dotis das jus retentionis ob impensas necessarias nicht für zuständig betrachten und deshalb nur die deductio vel compensatio zulassen will, so hat man [3]) arg. l. 5. D. de dote praeleg. 33, 4. verb.:

2) v. Wening Ingenheim Lehrb. V. Buch. §. 240. Not. b) c). Thibaut Syst. §. 907. Schweppe a. a. O. §. 927.

3) Man vergleiche: Glück Com. Bd. 27. S. 422—426. vergl. mit

„Dote relegata non est heres audiendus, si velit ob donationes in mulierem factas solutionem *differre, vel ob impensas alias, quam quae* ipso jure dotem minuunt. Aliud est enim minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit“ etc.

ferner leg. 1. pr. D. ib. verb.:

„Cum dos relegatur, verum est, id dotis legato inesse, quod actioni de dote inerat.“

und leg. 41. §. 1. D. de legat. II. verb.:

„Illic autem, ubi vir uxori relegat, id videtur legare, quod in judicio dotis mulier consecutura fuerit.“

entſchieden Unrecht. In dem erſtern Geſetze iſt ausdrücklich die Verzögerung der Rückgabe der dos wegen der impensae, quae ipso jure dotem minuunt, d. i. der necessariae, geſtattet, und in den beiden andern iſt beſtimmt, daß durch das praelegatum dotis diejenigen Befugniſſe nur ertheilt ſeyen, welche mittelſt der actio de dote zu erreichen ſtünden; wir ſahen nun aber, daß auch nach neueſten Rechten gegen dieſe actio die retentio ob impensas necessarias ſtatt finde; folglich iſt auch dieſe retentio gegen das praelegatum dotis erlaubt. Der Beiſatz in lege 5. D. cit. „quae ipso jure dotem minuunt“ dient nur zur Bezeichnung der Impenſen, wegen deren eine verzögerte Reſtitution geſtattet wurde, nicht aber zur nähern Beſtimmung und reſp. Beſchränkung dieſes Dilationsrechtes auf compensatio. Als Grund galt: die nothwendigen Impenſen vermindern (arg. leg. 1. §. 4. D. de dote praeleg. 33, 4. col. l. 5. pr. D. de impensis in res dot. 25, 1. — l. 50. §. 1. D. de judiciis. 5, 1. — l. 56. §. 3. D. de jure dot. 23, 3.) ipso jure die ganze dos, d. h. ſie machen ihren wahren Betrag mindeſtens in effectu kleiner[4]; weil dieſes iſt, ſoll (arg. leg. 2. pr.

S. 437 sq. Tigerſtröm a. a. O. Bd. I. §. 31. S. 318. *Brunnemann* ad leg. 5. D. 33, 4.

4) Man vergleiche hieher: Glück Com. Bd. 27. S. 396—422. *Valett* de retent. ex dote faciend. §. 2—8. incl. *Zoezii* comment. in libros Dig. 25, 1. num. 4. in fin. Tigerſtröm a. a. O. §. 59. S. 260—266.

D. de dote prael. 33, 4.) die dos über ihren so verringerten Betrag nicht begehrt, darum, sobald wegen Ungleichartigkeit der Objecte Compensation nicht zulässig ist, (arg. leg. 5. pr. D. de impens. in res dot. 25, 1.) dieselbe solange retinirt werden dürfen, bis die Foderung der Impensen befriedigt und so ein Werths-Zustand der Restitution, der den verringerten Betrag der dos herstellt, vermittelt worden ist; gälte diese dilatio restitutionis nicht, so bekäme der Gegner mehr, als die dos wahrhaft noch beträgt. In diesem Sinne sagen die Gesetze, ob impensas, quae dotem ipso jure minuunt, sey dilatio solutionis (vel retentio) dotis erlaubt. Dieser Grund bringt überhaupt auch Licht über die Bestimmung, daß, während alle übrige Retentionen gegen die Rückfoderungsklage der dos verboten wurden, doch die retentio ob impensas necessarias gestattet blieb. Die ipso jure verminderte dos sollte nicht über ihren verringerten Betrag restituirt werden müssen; anders verhielt es sich dagegen bei den übrigen Impensen, da diese den Betrag der dos nach der Ansicht der Gesetze ipso jure nicht verminderten.

§. 61.

Fortsetzung.

Das Retentionsrecht des Commodatars und Depositars wegen Impensen.

Der Commodatar hat nach den Grundsätzen über Commodat nur solche Auslagen und Aufwände auf die Sache vergütet zu verlangen, welche mäßig und nothwendig waren, und durch den Nutzen des Commodates nicht aufgewogen wurden; alle übrigen Aufwände, nützliche wie zierende nur dann, wenn der Commodans zu ihnen einwilligte [1]). Aller solcher Auslagen halber nun hat der Commodatar das Retentionsrecht an der ihm

1) *Hellfeld* jurispr. forens. §. 857. in f. u. 859. in f. Weber Erl. zu §. 857. cit. *Wernher* comm. ad pand. Lib. XIII. tit. 6. §. 12. Schweppe a. a. O. §. 454. S. 193. Mühlenbruch Lehrb. §. 385. Thibaut System §. 549. Glück Com. Bd. 13. §. 859. Mackeldey Lehrb. §. 401. l. 18. §. 2. D. 13, 6. — l. 59. D. de furt. 47, 2.

geliehenen Sache [2]), welchem Rechte die l. ult. Cod. de commodato 4, 23. nicht entgegensteht, da sie, als ein kaiserliches Rescript, worin ältere Rechte nicht abgeändert zu werden pflegten, nur von einem debito non connexo verstanden werden kann [3]). Die l. 25. Cod. locat. 4, 65. kann auch in keiner Weise hier stören, da sie nur vom Miethverhältnisse spricht und singuläre dortige Vorschriften keine Ausdehnung auf das Commodatverhältniß leiden [4]).

Ob dem Depositare überall ein Retentionsrecht gegen den Deponenten an der deponirten Sache zustehe, hierüber ist unter den Gelehrten viel gestritten worden. Ein Theil derselben [5]) verneinte diese Frage unbedingt arg. leg. 11. Cod. depositi. 4, 34.; ein anderer Theil [6]) dagegen wollte ein solches

2) l. 18. §. 2. cit. l. 15. §. 2. l. 59. D. de furt. 47, 2. Seuffert Lehrb. §. 314. Mühlenbruch a. a. O. Not. 8. Schweppe a. a. O. S. 191. Not. 6). Hufeland Lehrb. §. 556. Not. b) col. §. 1386. Not. b). *Gunther* principia juris romani privati. §. 1020. Not. i). Glück Bd. 15. S. 127. Not. 58. *Koenig* l. l. §. 28.

3) *Lauterbach* l. l. §. 24. *Malignatus* l. l. qu. 55. *Ludovici* l. l. §. 13. *Schnorr* l. l. §. 14. in f. *Mühlpfort* l. l. th. 16. Not. π. Faselius a. a. O. §. 19. n. Not. a) ib. Glück Bd. 13. S. 464. Mühlenbruch a. a. O. Not. 8.

4) Thon in der Zeitschrift für Civ.R. u. Prozeß. Bd. I. Abh. 24. S. 470 sq. Mühlenbruch a. a. O. Not. 8. And. Meinung ist: Weber Beitr. zu d. Lehre v. Klagen u. Einreden. Stück II. III. S. 85 f.

5) Glück Com. Bd. 15. S. 203 sq und die Not. 42. das. angeführten Rechtslehrer, denen ich zufüge: *Ranft* l. l. §. 9. in fin. *Günther* princ. jur. rom. §. 1025, Not. i. Hufeland Lehrb. §. 561. Not. 9. v. Wening Ingenheim a. a. O. III. §. 230. Not. c. Schweppe a. a. O. §. 456. S. 198. Not. c. Thibaut Syst. §. 551. Not. i. Die glossa ad Leg. 11. Cod. depos. 4, 34. Marezoll in Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. III. S. 285 sq. Nr. 3). Mühlenbruch Lehrb. §. 387. *Hermann Cannegieter* Commentar. ad collationem Leg. Mosaicar. et Romanar. Cap. 18. pag. 234. 235. Krug Compensation §. 77. S. 203 sq. num. 1)

6) Glück a. a. O. S. 199 sq. die Not. 37. das. citirten Rechtslehrer, denen ich zufüge: *Koenig* l. l. §. 28. num. (12). *Steinhauserus* (Schwendendörfer) l. l. §. 35. 36. *Stryk* us. mod. 16, 3. §. 9. *Hellfeld* jurispr.

Recht mindestens hinsichtlich der nothwendigen Impensen auf die res deposita für zulässig betrachten. Die Gründe der letztern waren kürzlich folgende: 1) die l. 11. C. cit. rede nicht von einer solchen Retention, zu welcher, wie bei den nothwendigen Kosten, der Grund in der Sache selbst liege, sondern nur von derjenigen, die aus einer von der Sache ganz verschiedenen Ursache, z. B. wenn der Deponent etwa ein Darlehn schuldig seyn sollte, herrühre; 2) da durch die impensae necessariae die Sache erhalten werde, welche außerdem zu Grunde gegangen seyn würde, so sey die Einwilligung des Deponenten zu ihnen zu vermuthen; 3) solche Kosten verminderten, wie bei dem Heirathsgute ipso jure die Sache, es könne daher 4) nicht wider Treu und Glauben gehandelt angesehen werden, wenn der Depositar des leichtesten und geschwindesten Mittels sich bediene, zu seiner so billigen Entschädigung zu kommen; 5) dem Depositare stehe wegen dieser Kosten eine actio contraria zu, wo aber eine solche Klage zustehe, sey arg. leg. 18. §. ult. D. commod. 13, 6. auch das jus retentionis begründet; 6) in der Collatio legum Mosaicar. et Romanar. Tit. X. §. 2. (s. *Cannegieter* und *Schulting* in Not. 5 u. 6. citirt) komme eine merkwürdige Stelle aus *Modestini* libro differentiarum secundo, aus welchem die l. 23. D. depositi. 16, 3. genommen sey, vor, welche laute:

> „Respondit, deposita si subripiatur, dominus solus (sc. depositae rei) habet furti actionem, quamvis, apud quem res deposita est, interit ob impensas in rem factas se retinere"

und offenbar für ein Retentionsrecht ob impensas in rem factas spreche. — Gegen diese Gründe ist Folgendes schon erinnert worden und habe ich zu erinnern: zu 1) die Worte der l. 11. C. cit. verbieten ganz allgemein und uneingeschränkt deutlich jedes Retentionsrecht, so daß keine natürliche ungezwungene Ausle-

---

for. §. 944. *Ant. Schulting* jurisprud. Antejustin. Mosaic. et Roman. leg. collatio tit. 10. §. 2. Not. 19. pag. 769. *Walch* in introd. in controv. jur. civ. Sect. III. Cap. IV. membr. I. subs. II. §. 2. *Molignatus* l. l. qu. 52. Seuffert Lehrb. §. 316.

gung irgend ein Retentionsrecht ausnehmen kann; man nehme nur die verba legis:

„reddere *illico modis omnibus* compellatur“ — „*nullam* — doli exceptionem opponat“ — „ut non concessa ei retentio generetur“ — „depositae res vel pecuniae ab utraque parte *quam celerrime sine aliquo obstaculo* restituantur“ — „depositae res vel pecuniae *prima fronte* restituantur“ — „liceat ei, qui deposuit — res depositas *quam ocyssime* recuperare“

in Betracht; ſodann warum ſollte mit ſo vieler Emphaſis nur eine retentio ex non connexa causa verboten worden ſeyn, da eine ſolche der Regel nach ſchon nicht galt. Es findet ſich wohl, daß bei Gelegenheit der Entwickelung des Rechtsumfanges eines Inſtitutes in den Geſetzen etwas mit erwähnt wird, was nach allgemeinen Grundſätzen ſchon bekannt war; allein der ganze Zuſammenhang der l. 11. Cod. cit. und die Ausdrucksweiſe in derſelben zeigt es unverkennbar, daß ſie für das depositum Beſtimmungen geben wollte, welche dem Gewöhnlichen bei andern Rechtsinſtituten entgegenliefen. Zu 2) Aus dieſem Grunde folgt höchſtens das Recht des Depoſitares, ſolche Koſten erſetzt zu verlangen, was man ihm auch nicht beſtreitet, aber noch keineswegs das Retentionsrecht, als Mittel, dieſe Vergütung zu verfolgen; die lex ſagt ja deshalb „et *postea* legitimae actiones integrae quoque ei reserventur.“ Zu 3) Zwiſchen einer dos, welche dem Detinenten zum Gebrauche gegeben, alſo einer ſolchen Modification in der Subſtanz, die durch den Gebrauch unvermeidlich iſt, gleich urſprünglich Preis geſtellt wird, und einer res deposita, an welcher Gebrauchsrechte regelmäßig nicht zuſtehen, und welche dem Vertrage nach weder zu mehren noch zu mindern iſt, die vielmehr durch die custodia in ihrer völligen Integrität erhalten werden ſoll, iſt ein weſentlicher Unterſchied; was dort den reellen Betrag wahrhaft oder gleichſam verminderte, ſoll hier wohl Foderungsrechte, aber keine die Integrität der Sache verändernde Minderung der Subſtanz erzeugen. Es iſt da-

rum zu 4) gewiß gegen die Billigkeit, die Treue und den Glauben, welchen die res deposita hingegeben wurde, wenn der Depositar um eigenen Interesses willen, so billig und gerecht, die Sache von seiner Seite betrachtet, es sich auch darstellt, eine Verfügung über die Sache sich erlaubt, die mehr als die überkommene custodia bedeutet, und das Recht des Deponenten zur willkührlichen Wiederaneignung der Sache beschränkt. Soll nach dem cit. Gesetze und resp. arg. l. 14. §. 1. in fin. C. de comp. 4; 31. cap. 2. X. de deposito. 3, 16. weder eine compensatio noch deductio, noch eine Rückhaltung wegen dinglicher Ansprüche darauf erlaubt seyn, so gerecht an sich diese Foderungen sind, so sieht man, die allgemeine Rechtlichkeit und Billigkeit der Foderungen soll dem Wesen des Depositalvertrages weichen, welches darin besteht, daß der Deponent in der Möglichkeit schneller willkührlicher Wiederergreifung des Besitzes der ganzen unverkürzten Sache durch nichts gehemmt werden soll. Gegen diese fides contractus würde es arg verstoßen, wollte man ein jus retentionis wegen irgend einer Foderung gestatten. Zu 5) Mit Unrecht wird der Ausdruck „jure pensationis" in lege 18. §. ult. D. cit. vom jure retentionis verstanden, während er nur vom jure compensationis zu verstehen ist, wie wir oben §. 2. schon berührten und bald noch näher zeigen werden. Auch vermag jeden Falles eine allgemeine Regel nichts gegen positive Ausnahmen von ihr. Zu 6) Die Stelle ex *Modestini* lib. differ. 2do hat vorerst als nicht recipirte keine Bedeutung, sodann sagt sie auch mehr nicht, als: der dominus rei depositae sey der zur actio furti Berechtigte, obschon der Depositar dem beklagten Diebe gegenüber wohl ein Interesse haben könne, die Sache wegen Aufwände auf dieselbe im Besitze zu haben. Hieraus folgt jedoch noch keineswegs, daß dieses Interesse, welches ich keinem Depositare abstreite, auch die Befugniß zur retentio effectuire. Da der Depositar in der Regel die actio furti nicht hat [7]),

7) l. 14. §. 3. 4. D. de fort. 47, 2. §. 17. Inst. de obl. quae ex del. 4, 1. *Cannegieter* l. l. (s. Not. 5.) S. 234. 236. Schweppe a. a. O. §. 553. Hasse Culpa. §. 82. 83. S. 416. 417. Not. b). Die

weil ihm, bei ſeiner auf dolus und culpa lata beſchränkten Haftpflicht, ein Intereſſe ex honesta causa mangelt, ſo muß man annehmen, derſelbe habe die retentio ob expensas nicht; derſelbe würde ſonſt zur actio furti befugt geweſen ſeyn, und Modeſtin hätte ſie ihm wegen dieſes Intereſſes der Retention zuſprechen müſſen. Jeden Falles aber würde die l. 11. Cod. cit. als ſpäteres Geſetz das ältere Recht, wovon die Stelle des Modeſtin reden ſoll, aufgehoben haben. Nicht minder unbedingt verbietet auch nov. 88. cap. 1. jegliche retentio depositi. Lege non distinguente, judex distinguere non debet; wir dürfen darum keine Foderung als von dem Verbote der Retention einer deponirten Sache nicht getroffen betrachten.

Anders verhält es ſich freilich, wenn die deponirte fungibile Sache mit Einwilligung des Deponenten von dem Depoſitare gebraucht und benutzt werden darf; denn dann geht mit dieſer Einwilligung und reſp. dem Gebrauche das depositum in ein Darlehn über [8]) und es treten dann begreiflich nicht mehr die für das depositum nur geltenden Grundſätze ein; ebenſo verwandelt ſich das depositum einer nicht fungibilen Sache, wovon der Gebrauch geſtattet wurde, je nachdem für den Gebrauch etwas bezahlt oder ſonſt dafür Vergeltung gegeben wird, oder nicht, in einen Miethcontract, oder in ein Commodat oder ſonſt einen ungenannten Vertrag [9]), welchen Falles die Grundſätze über depositum wiederum nicht mehr Platz greifen [10]). In dem Falle

---

l. 14. D. de furt. iſt von Ulpian; erwägt man nun das innige Verhältniß zwiſchen Ulpian u. Modeſtin, das Gewicht, welches Modeſtin, obendrein jünger als Ulpian, auf des Ulpian Anſichten gelegt haben mag arg. leg. 52. §. 20. D. de furt. 47, 2., ſo muß die oben im Text ausgeſprochene Vermuthung ſehr an Wahrſcheinlichkeit gewinnen. S. Schweppe Rechtsgeſch. §. 96.

8) l. 9. §. 9. D. de reb. cred. 12, 1. — l. 34. pr. D. mandati 17, 1. — l. 1. §. 34. D. depos. 16, 3. — l. 10. D. de reb. cred. 12, 1. Glück Com. Bd. 15. S. 154—156. Mackeldey Lehrb. §. 403.

9) l. 1. §. 9. D. depos. 16, 3 — l. 76. pr. D. de furt. 47, 2. Glück a. a. O. S. 169 sq. Mackeldey a. a. O.

10) *Breuning* l. l. §. VIII. Glück a. a. O. S. 189. 190. 191. *Nettelbladt* commentat. de deposito irregulari §. 65.

eines eigentlichen depositi irregularis, (wozu obige Fälle nicht gehören, da in ihnen von einem deposito gar nicht mehr zu reden ist [11]), wenn nemlich Jemanden Geld unter der Bedingung, „ut tantundem redderet," zum Aufheben gegeben wurde, ist es dagegen wieder anders; denn, obschon dem Depositar hierdurch stillschweigends, weil das Geld in sein Eigenthum übergeht, der Gebrauch des Geldes gestatten worden ist, so bleibt der Vertrag dennoch ein Depositalvertrag, und im übrigen alles gültig, was bei diesem Rechtens ist, folglich auch das Verbot der retentio in lege 11. Cod. cit. [12]). — Der Gerichtsgebrauch, dessen Glück Bd. 15. S. 204. gedenkt, hat weder die Billigkeit für sich, da man es eben nach der Natur des Depositalvertrages vom Standpuncte des Deponenten aus für unbillig ansehen muß, dem Depositare ein Retentionsrecht zuzustehen; noch ist derselbe durch irgend ein Gesetz unterstützt, er widerstreitet vielmehr allen gesetzlichen Vorschriften.

§. 62

Kategorie II.

Die Foderung entstand aus demselben Rechtsverhältnisse, auf welches das Recht der Rückfoderung der Sache sich gründet.

1) Allgemeine Bemerkungen und 2) einzelne Retentionsrechtsfälle als deren Belege.

Um die Individualität dieser Kategorie recht zu erfassen, ist es vor Allem nothwendig, daß wir unter „demselben Rechtsverhältnisse," auf welches die zur Retention veranlassende Foderung und das Recht der Rückfoderung der Sache sich gründen muß, das Richtige verstehen. Würden wir darunter nach Andeutung des lateinischen Ausdruckes „eadem causa obligandi" etwa „idem fundamentum agendi" verstehen wollen, so würden

11) Es hat darum *Breuning* l. l. §. VIII. unrecht, diese Fälle als Fälle eines depositi irregularis zu bezeichnen.

12) Glück a. a. O. S. 190 sq. *Nic. Christoph. Lynker* disp. de privileg. depositi. Th. 17. u. 18. Krug Compensation §. 77. S. 204. 2).

wir den Begriff offenbar zu eng faſſen, und das Weſen der Gleichheit nicht treffen, welches das hier regierende Rechtsverhältniß zu dem gleichen zwiſchen jenen beiden Foderungen macht. Da wir nach dem Rechtsgrundſatze „reus excipiendo fit actor“ hier bei dem Fundamente der Einrede der Retention allerdings auch von einem Klagfundamente derſelben reden dürfen, ſo wird zu bemerken ſtehen: das Klagfundament unſerer Einrede kann ein völlig anderes, als das der die Sache verfolgenden Foderung ſeyn, und dennoch gründen ſich beide Fundamente auf ein und daſſelbe Rechtsverhältniß; es empfingen beide aus ihm ihre Entſtehung; und ihre gegenſeitige aus der Natur der Verhältniſſe geborene Verwandtſchaft oder Beziehung zu einander iſt unverkennbar. Man nehme hierzu als aufklärende Belege folgende Beiſpiele:

a) Nach l. 55. D. solut. matrim. 24, 3. col. leg. 19. D. de R. V. 6, 1. hat der Ehemann gegen die dotis repetitio der Ehefrau das Recht der Retention der dos auf ſolange, bis derſelbe gegen den möglichen Schaden aus der wegen eines baufälligen, zur dos gehörigen Gebäudes von ihm beſtellten cautio damni infecti ſicher geſtellt wurde [1]). Dieſe Caution erlöſcht nicht mit Aufhebung der Ehe, daher der Mann auch nach derſelben aus ihr noch verbindlich bleibt [2]). Ferner: der Ehemann hat bei Trennung der Ehe das Recht der Retention der dos gegen die Klage auf Rückfoderung derſelben ſolange, bis ihm gegen den daraus möglicher Weiſe entſtehenden Schaden, daß er den fundus dotalis auf einen über die Dauer der Ehe hinaus greifenden Zeitraum verpachtete, Sicherſtellung geleiſtet wurde, arg. leg. 1. §. ult. D. de dote praeleg. 33, 4. und leg. 25. §. 4. D. solut. matrim. 24, 3. [3]). Hieher gehört auch das gemeinrechtliche und partikularrechtliche Retentionsrecht des Ehemannes

1) *Voet* Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. 24. tit. 3. §. 22. Glück Com. Bd. 27. S. 374 sq.

2) l. 40. §. 3. D. de hered. pet. 5, 3. — l. 19. D. de R. V. 6, 1. *Duarenus* ad Leg. 55. D. 24, 3. (oper. pag. 290). Glück a. a. O. S. 375.

3) *Voet* l. l. u. Lib. 19. tit. 2. §. 17.

an den Gütern seiner verstorbenen Ehefrau, bis er wegen ihm zustehender Erbansprüche daran befriedigt wurde [4]). — Das Klagrecht auf Herausgabe der dos ist begreiflich in diesen Fällen die Bestellung der dos für die Ehe und die Auflösung der letztern; das Fundament der Einrede dagegen ist die Bestellung der Caution, der abgeschlossene Pachtcontract, die gesetzlichen Erbrechte auf die dos und die Pflicht der Sicherung gegen Nachtheile daraus resp. die Pflicht der Befriedigung solcher Ansprüche aus der dos. Es ergiebt sich, daß hier nicht völlig idem fundamentum agendi zwischen den gegenseitigen Foderungen vorhanden sey; allein ein Gleiches als Grundlage ist zwischen beiden dennoch, nemlich das Dotalverhältniß, welches zwischen Ehemann und Ehefrau vorhanden war und die Quelle der gegenseitigen Foderungen wurde. Diesen Zusammenhang haben beide Foderungen, und die dos als res retinenda ist das Verbindungsglied, demnach offenbar mit der Foderung, für welche retinirt wird, conner.

b) Nach l. 1. §. 19. l. 11. pr. l. 14. §. 1. l. 15. §. 1. l. 16. pr. l. 73. §. 5. l. 80. §. 1. l. 90. D. ad Leg. Falc. 35, 2. — l. 14. §. 2. l. 21. D. ad S. C. Treb. 36, 1. — l. 1. 4. Cod. ibid. 6. 49. l. 10. 18. Cod. ad Leg. Falc. 6, 50. — l. 21. Cod. fam. ercisc. 3, 36. steht dem Erben, soweit die retentio rei nicht durch die deductio, compensatio verwirklicht wird, zum Schutze seines Rechts auf die Falcidische oder Trebellianische Quart und den Pflichttheil ein Retentionsrecht an den vermachten Gegenständen gegen den Vermächtnißnehmer resp. an der Erb-

4) *Althusius* l. l. num. 12. *Colerus* proc. execut. P. I. cap. 2. num. 234. *Richter* l. l. th. 10. *Berlich* p. 2. concl. 32. num. 28. *Mevius* ad jus Lubecens. Lib. I. tit. V. art. 13. nom. 43. 110. *Ludovici* l. l. §. 9. *Lauterbach.* §. 14. Faselius a. a. O. §. 20. Not. e). *Schnorr* l. l. §. 13. *Muhlpfort* l. l. th. 12. cum notis. *Meusell* (Romanus) th. 12. *Carpzov.* P. II. C. 25. def. 18. 19. Das von *Schnorr* l. l. u. *Lauterbach* l. l. §. 15. dem Ehemanne ob tacitam hypothecam dotis praestandam vel rerum dotalium evictarum nomine sec. l. un. §. 1. C. rei ux. act. 5, 13. gegebene jus retentionis, gehört als pfandrechtliches, aus bekannten Gründen nicht hieher. Man vergl. noch deshalb v. Wening Ingenheim Lehrb. II. §. 138. Meißner a. a. O. §. 140—148.

schaft gegen die Honorirten zu, bis ihn diese wegen dieser Quarta oder der legitima befriedigt haben [a]). Das Fundament der Klage des Vermächtnißnehmers und Honorirten, die letztwillige Dispositon, ist offenbar verschieden von dem der Einrede des Erben, der Unzureichendheit der Erbmasse, die quarta zu decken, aber ein Vereinigungspunct ist für beide Foderungen das concrete Erbverhältniß, worin die Erbmasse mit beiden Foderungen in Beziehung steht. Auf gleiche Weise verhält es sich auch hinsichtlich des jus retentionis des Erben an der hereditas gegen den Fideicommissar, wegen ihm abzunehmender Verbindlichkeiten arg. l. 36. 69. 78. §. 15. ad S. C. Trebell. 36, 1.

c) Nach l. 18. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. 18, 6. u. l. 24. Cod. de evict. 8, 45. hat der Käufer bei drohender Eviction das Retentionsrecht am Kaufgelde, bis ihn der Verkäufer wegen Verlustes der res vendita oder des Kaufpreises im Falle der Eviction sichert. Sind mehrere Sachen zusammen verkauft, und es ist nur eine einzelne davon mit Eviction bedroht, so kann dennoch der ganze Kaufpreis retinirt werden, wenn der Kaufpreis im Ganzen für alle Sachen festgesetzt wurde, weil dann nach l. 34. pr. D. de aedil. edict. 21, 1. — l. 139. D. de V. O. 45, 1. nur Ein Kaufvertrag geschlossen wurde, und darum der Angriff auf wenn auch nur einen Theil des Kaufobjects doch den ganzen Vertrag berührt, der sich vielleicht durch die Eviction der einen Sache ganz löst. Anders ist es aber, wenn für jede einzelne Sache ein besonderer Preis bestimmt wurde, denn dann wurden arg. l. 34. pr. u. §. 1. D. de aed. ed. 21, 1. so viele einzelne Käufe geschlossen, als Sachen verkauft wurden; in diesem Fall darf nur das pretium für die bedrohte Sache retinirt werden l. 72. D. de evict. 21, 2., wenn nicht der Fall von der

---

5) S. oben §. 52. Not. 3. Glück Bd. 7. S. 140. u. 153. Bd. 22. S. 366. u. Not. 47. ib. *Boehmer* l. l. §. 6. Not. a. *Schmidius* l. l. §. 4. Not. 1. 5. v. Wening Ingenheim Lehrb. V. §. 227. 256. col. §. 219. Not. g). Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des röm. Rechts. Rostock 1834 S. 160 sq. *Pauli* recept. sent. III. 8. 1. *Gajus* comm. II. §. 254. Meißner a. a. O. §. 181.

Art ist, daß der Käufer nur um der bedrohten Sache willen die übrigen Sachen gekauft hat, welchen Falles auch hier die pretia sämmtlicher Sachen retinirt werden dürfen [6]). Jener hat der Käufer, wenn ihm durch das Kaufobject Schaden zugefügt wurde, arg. l. 23. §. 8. l. 29. 31. pr. D. de aedd. edict. 21, 1. an dieser Sache, bis ihm der Schaden ersetzt wurde, das Retentionsrecht. (S. auch unt. §. 66. lit. a). Auch hier ist das Fundament der Klage des Verkäufers, der Kaufvertrag, völlig verschieden von dem Grunde der Einrede des Käufers, der in der drohenden Eviction und der Schadenzufügung besteht; allein das Kaufvertragsverhältniß ist wieder das verbindende, die Foderungen hervorrufende Mittelglied, durch welches die res retinenda, der Kaufpreis und die res vendita, mit beiden Foderungen gleich ursprünglich in Beziehung gekommen ist.

d) Nach l. 94. pr. D. de solut. 46, 3. verb.:

Si is, cui nummos debitor solvit alienos, nummis integris (i. e. non consumptis) pergat petere, quod sibi debeatur, nec offerat, quod accepit: „exceptione doli summovebitur.“

darf der Schuldner, der seinen Gläubiger mit fremdem Gelde bezahlte, den Betrag der Schuld solange retiniren, bis der Gläubiger die noch in specie vorhandenen fremden Gelder zurückgegeben hat. Die Foderung der Restitution der nummi alieni ist mit dem Schulddetrage gleich ursprünglich in Connexion gekommen, da ihr Werth ja die Schuld bezahlen sollte; gleichwohl gründet sie sich auf ein ganz anderes Fundament, als die der Einfoderung des debiti.

Aus diesen Beispielen allein schon wird genüglich hervorgehen, daß wir uns unter „dem selben Rechtsverhältnisse“ nicht idem fundamentum agendi denken dürfen, daß dasselbe vielmehr das thatsächliche Rechtsverhältniß bedeutet, aus wel-

6) *Hommel* Rhaps. obs. 87. u. 200. S. oben §. 4. Glück Com. Bd. 20. S. 370—375. *Koenig* l. l. §. 28. num. (14). S. auch noch l. 17. §. 2. D. de dol. mal. exc. 44, 4. *Stryk* diss. de poss. per caut. non sufer. cap. II. §. 10. 11. 12.

chem beide, wenn auch in ihrer nächſten Aufſtellung verſchieden ſich begründende Foderungen (nemlich: die, weshalb retinirt wird, und die der Herausgabe der Sache:) doch nur aus Einer Quelle herſtammen, und welches dieſe beiden Foderungen mit der res retinenda in Beziehung gebracht hat. Es kann ſich hierbei auch treffen, daß der Retinent auf Befriedigung ſeiner Foderung aus der res retinenda ſelbſt Anſprüche hat; wir finden dieſes bei den genannten Retentionsfällen unter a) im §. 62. Note 4) und unter b); allein dieſer Umſtand iſt zu unweſentlich, um deshalb nach ihm zu ſubdividiren, denn das Characteriſtiſche, Verbindung zwiſchen Foderung und Sache Herſtellende, iſt doch hauptſächlich, daß beide Foderungen qu. aus einem Rechtsverhältniſſe als Quelle fließen, welches die Foderung des Retinenten mit der Sache in Verbindung zog, gleichgültig, wie weit dieſe Verbindung in ihren Wirkungen ſich äußeen darf. S. auch oben §. 4. 52. 54.

Als Grundſtein der Legalität dieſer Kategorie hat man[7]) gewöhnlich l. 18. §. ult. D. commodati. 13, 6. betrachtet. Sie lautet:

„Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis. Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.“

7) *Boehmer* l. l. §. 10. *Arn. Vinnius* sel. quaest. Lib. I. cap. 51. *Ant. Henr. Mollenbecius* de divisionibus juris. Cent. II. thes. 14. *Just. Henn. Boehmerus* in introduct. in jus Digestor. tit. commodat. vel contr. §. 12. *Gerh. Noodt.* oper. Tom. II. pag 82. Weber Erl. der Pand. nach Hellfeld ad §. 937. Feſelius a. e. O. §. 19. Not. n). Glück Com. Bd. 15. S. 126 sq. *Schnorr* l. l. §. 11. num. III. Schweppe röm. Priv.R. §. 183 d. S. 406. Not. 5). Thibaut Syſt. §. 224. Not. n). v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 169. Not. k. Mühlenbruch Lehrb. §. 136. Not. 6. u. a. m.

Das Gewicht hat man hierbei auf die Worte gelegt: quod contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure *pensationis*, indem man unter jure pensationis hier das jus retentionis verstand. Oben im §. 2. habe ich mich darüber schon ausgesprochen, daß in dieser lex unter jus pensationis nur das jus compensationis verstanden werden müsse; ich will diese Behauptung hier durch Folgendes noch mehr zu begründen versuchen.

Daß man in unserer Quelle das Wort „pensatio" nicht anderweitig für retentio gebraucht findet, dasselbe vielmehr meist in dem Sinne von compensatio antrifft, muß uns um so bedenklicher machen, es in unserer lex hier für retentio zu nehmen, da in ihr der fernere Zusammenhang ihres Inhaltes auch nur auf compensatio hinweist. Das Gesetz fährt nemlich also fort: „Es kann sich treffen, daß der Commodans dem Commodatar mehr schuldig ist, als dieser jenem ꝛc.; in diesem Falle ist die actio contraria dem Commodatar nothwendig." Dieser ganze Nachsatz, (das ut amplius esset) wäre ganz unerklärlich, wenn das jus pensationis vom eigentlichen Retentionsrechte verstanden werden müßte; denn da das Verhältniß des Werthes der res retenta zur Größe der Foderung, für welche retinirt wird, bei dem Retentionsrechte, wo durch die res selbst Befriedigung nicht zu nehmen ist, nicht wesentlich erscheint, indem von ihm nicht nothwendig die Wirkung abhängt, ob der Retentionsgegner gar nicht, oder nur einen verhältnißmäßigen Theil der Foderung tilgen werde; da vielmehr die Retention der verhältnißmäßig viel werthloseren Sache, weil sie vielleicht dem Eigenthümer von wichtiger zufälliger Bedeutung ist, Impelle genug seyn kann, die große Schuld zu bezahlen: so hätte der Jurist als Folge des geringern Werthes der Sache die Nothwendigkeit der actio contraria nicht annehmen können, hätte er bei seiner Bestimmung das jus retentionis im Auge gehabt. Die Glosse zu l. 18. §. ult. cit. interpretirt darum gewiß ganz richtig die Worte „jure pensationis" für „jure compensationis;" ebenso verstehen sie *Dio-*

nys. Gothofredus und *Brunemann* ad banc leg. auch nur von compensatio; nicht minder nehmen ſie auf gleiche Weiſe *Breuning*, *Wunderlich* und *Koenig* a). Das „salvum habere“ in der lex ſcheint mir auch nur auf compensatio hinzudeuten, da durch dieſe, nicht aber durch das Retentionsrecht die Foderung mit Sicherheit in salvo gehalten werden kann. Vergleicht man hierzu l. 8. §. 2. D. de negot. gest. 3, 5. verb.:

„Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a judice: potest contrario judicio agi. Quod si post examinationem reprobatae fuerint pensationes: verius est, quasi re judicata, amplius agi contrario judicio non posse: quia exceptio rei judicatae opponenda est.“

ſo findet man offenbar eine auffallend ähnliche Zuſammenſtellung des Mittels der pensatio mit dem judicio contrario, wie in unſerer l. 18. §. ult. cit., während in l. 8. §. 2. cit. zugleich expresso verbo geſagt wird, daß unter pensatio eben compensatio zu verſtehen ſey. Man ſehe auch noch l. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. 27, 4. Aus dieſem Allen vermag ich das Wort pensatio in l. 18. §. ult. cit. keinesweges für retentio, ſondern nur für compensatio zu nehmen.

Es fragt ſich hierbei nun aber weiter, ob auch ſolchen Falles dieſe Geſetzſtelle dennoch den Satz belege, daß man dasjenige, was man actione contraria erlangen könne, auch jure retentionis zu erhalten ſuchen dürfe. Ich entgegne: Sollte dieſes aus der l. 18. §. ult. geſchloſſen werden dürfen, ſo müßte der Satz richtig ſeyn: „überall wo man compenſiren dürfe, dürfe man auch unſer jus retentionis ausüben.“ Denn der Sinn der Geſetzſtelle iſt: was ich mit einer Gegenklage verfolgen darf, darf ich auch (verſteht ſich bei gleichartigen Objecten) als Compenſationsobject geltend machen; ſollte dies nun zum Schluſſe auf Retention befugen, ſo müßte nothwendig dieſe überall auch zuſtehen,

8) *Breuning* l. l. §. 4. 5. *Wunderlich* l. l. §. 6. u. Not. 7. ib. *Koenig* (Reusner) l. l. §. 19. n. (1). Man vergl. noch hieher Glück Com. Bd. 15. S. 59. u. Not. 45. daſ. und oben §. 2. Not. 8.

wo compensatio zulässig wäre. Obschon [9]) nun auch in der That diese Behauptung aufgestellt worden ist, so entschieden unrichtig ist sie dennoch, wie aus den Entwickelungen oben in §. 6. bis 10. zu entnehmen steht. Die Compensation erfodert nicht connexam causam, wie die Retention, daher schon nur in den nicht connexen Fällen Retention nicht zulässig ist, wo Compensation Platz greift. Es ergiebt sich demnach, daß in alle Wege aus der l. 18. §. ult. cit. für die Gesetzlichkeit unserer Kategorie II. nichts gefolgert werden kann. Dieselbe bedarf jedoch dieses Beleges auch im mindesten nicht, da ihre Legalität aus den einzelnen Retentionsfällen sich ergiebt, welche die Gesetze uns vortragen und unter sich so generisch verwandt erscheinen, daß sie zu einer besondern Klasse der Connexitätsfälle sich zusammenfügen.

Auch hier, wie in den andern Kategorieen, finden sich Fälle, die nicht blos aus dem Gesichtspuncte dieser Kategorie II., sondern auch aus dem der übrigen Kategorieen connex sind. So ist z. B. der vorhin unter a) erwähnte erstere Retentionsrechtsfall auch aus dem Gesichtspuncte der Kategorie III. connex, da bei ihm die Foderung aus möglichem Schaden durch die res retinenda ihre Entstehung erhielt; ferner unterfallen die oben §. 57. untee a. in fin. und zum Theil unter b), c), d), e) das. u. a. m. erwähnten Retentionsrechtsfälle der Kategorie I., auch der Kategorie II.

§. 63.

Fernere Retentionsfälle dieser Kategorie.

Noch fernere hieher gehörige Retentionsfälle sind folgende:

e) das Retentionsrecht des Pfandgläubigers an dem Pfande, welches er besitzt, wegen der mit der actio pignoratitia contraria zu verfolgenden Ansprüche, für die das Pfandrecht nicht haftet [1]), arg. leg. 1. §. 2. l. 8. pr. §. 1. u. 5. leg. 9. pr. leg. 22.

9) *Richter* l. l. th. V. *Thesaurus* oben §. 6. Not. 1. citatus l. l. *Molignatus* l. l. qu. 17. *Schmidius* l. l. §. 20.

1) Hierüber vergleiche man: Sintenis Pfandrecht §. 27. col. §. 48 u. 55. lit. c. Glück Com. Bd. 14. S. 65—68. u. Bd. 15. S. 127.

§. 4. u. leg. 36. pr. D. de pignor. act. 13, 7. — leg. 61. §. 1. 3. D. de furtis. 47, 2. Obschon die l. 8. pr. cit. einen Fall des eigentlichen Pfandrechts vorträgt, so ist von ihr dennoch, wegen der ganz analogen Verhältnisse (s. oben §. 59. lit. n)) ein Schluß auf vom Pfandrechte nicht begriffene Ansprüche allerdings begründet; dagegen gestattet die l. 8. §. 1. cit. ausdrücklich ein Retentionsrecht auf solange, bis der Verpfänder dem Pfandgläubiger die Verpflichtungen gegen Dritte abnahm.

Dieses Retentionsrecht hat ferner noch seinen Beleg in

f) den Retentionsrechten, welche sowohl dem Geschäftsführer, als Mandatar, Commodatar, überhaupt allen denjenigen Gläubigern zustehen, denen wegen Gegenansprüchen eine Gegenklage gegeben ist, sobald sie mit der actio directa auf Herausgabe der Dinge belangt werden, die sie in Folge des fraglichen Geschäfts in Händen haben. Von diesen Personen hat nur der Depositar arg. l. 11. C. depositi 4, 34. auch bei Fällen dieser Kategorie kein jus retentionis, weil die oben im §. 61. entwickelten Gründe nöthigen, ihm jegliches Retentionsrecht zu versagen. — Die oben in §. 57. citirten l. 1. pr. D. 20, 6. — l. 17. u. 50. §. 1. D. 5, 1. col. l. 14. §. 11. l. 32. pr. D. 11, 7. — l. 49. D. 3, 5. — l. 14. §. 1. D. 10, 3. ferner die l. 25. 26. D. 3, 3. col. l. 30. D. ibid. l. 7. D. 17, 1., auch l. 53. §. 4. D. 47, 2. sowie die §. 59. in Not. 2) 3) 4) 5) u. §. 61. Not. 2) citirten Gesetze dienen auch hier mit als Belege für das unter f) erwähnte Retentionsrecht, da sie, wenn auch Verwendungen, doch Foderungen verfolgen, die mittelst einer Gegenklage geltend gemacht werden dürfen, es sey dieses nun eine eigentliche actio contraria, oder eine in dem Vertrage gleich ursprünglich zur Geltendmachung des

---

Bd. 18. S. 175 sq. Weber Versuche über das Civilrecht. §. 18. u. 20. S. 188—190. u. 191—194. Thibaut Syst. §. 794. col. §. 792. Schweppe röm. Priv.R. §. 330. u. 344. v. Weaning Ingenheim Lehrb. II. §. 129. Gesterding Pfandrecht §. 3. u. 26. Mühlenbruch Lehrb. §. 304. Faselius a. a. O. §. 19. Not. e).

Gegenanspruchs gegebene Klage [2]). Der Fall der l. 18. §. 3. D. commod. 13, 6. verb.:

„Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum, vel oleum corruptum, effusumve est, condemnandus (sc. commodans) eo nomine est."

gehört sowohl hieher [3]), als auch unter Kategorie III., da er einen Fall eines Gegenanspruches vorträgt, welcher zugleich auch einen Fall bildet, worin die Foderung durch die res retinendo selbst entstand. Ein hieher und, soweit Aufwände zu Gunsten der Sache Veranlassung sind, auch in die Kategorie I. gehöriger Retentionsfall ist

g) das Retentionsrecht des Vormundes an den Sachen seines Mündels wegen Gegenansprüchen aus der Vormundschaftsführung. Dieses jus retentionis stützt sich auf l. 1. §. 2. 4. D. de contr. tut. et util. act. 27, 4. col. leg. 2. 3. pr. §. 8. D. ubi pupillus. 27, 2. — leg. 3. §. 1. l. 6. D. 27, 4. — l. 33. §. 3. D. de adm. tut. 26, 7. — l. 2. 30. D. de negot. gest. 3, 5. §. 2. Inst. de obl. quae quasi ex contr. 3, 28. — leg. 2. 4. Cod. de in lit. dando tut. 5, 44. — l. 2. C. de alim. pup. 5, 50. — l. 3. Cod. de contr. jud. tut. 5, 58. — l. 1. §. 9. D. de tut et rat. distr. 27, 3. — l. 61. §. 5. D. de furtis. 47, 2. — l. 46. de O. et Act. 44, 7. Wenn der Vormund in seiner Vormundschaftsführung Auslagen gehabt, als Vormund Verbindlichkeiten über sich genommen, oder Vergütung seiner Schäden und Mühe zu fodern hat, steht er in der That ganz analog dem Procurator, Geschäftsführer und Mandatar, daher er auch, um sich für solche Foderungen bezahlt zu machen, dieselben Mittel dazu gebrauchen darf, welche diesen zustehen, also das jus compensationis, retentionis und judicium contrarium. Die citirten Gesetze vergleichen offenbar das Rechtsverhältniß des

2) Mackeldey Lehrb. §. 195. lit. a. v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 39. num. VI.

3) S. Faselius a. a. O. §. 19. Not. c).

Vormundes mit der Geſchäftsführung und l. 4. C. 5, 44. ſagt ausdrücklich verb.:

„Ad litem datus tutor, si quid bona fide erogasti, a contutoribus *more solito* exigere potes,“

daß der Vormund das Recht habe, auf gewöhnliche Weiſe, wozu das jus retentionis in ſolchen Verhältniſſen gehört, ſich Befriedigung zu ſchaffen [4]) Daß das Geſetz dem tutor dieſes Recht im Verhältniß zu den contutoribus giebt, kann nicht ſtören, da ja auch dieſe nur die Perſon des Mündels repräſentiren, und nur ſchuldig ſind, wozu dieſer die Pflicht hat.

h) Ein hieher gehöriges **Retentionsrecht des Locators an der res locata** erwähnte ich oben §. 28. Ingleichen gedachte ich auch oben §. 28. ſchon

i) des arg. leg. 13. pr. D. de usufr. 7, 1. **dem Proprietar gegen den Ufufructuar zuſtehenden Retentionsrechtes** an der zu nutznießenden Sache bis zur Stellung der cautio usufructuaria. Die Foderung der Caution gründet ſich auf daſſelbe Rechtsverhältniß, wie die Klage auf Ueberlaſſung der Sache zum Nießbrauch; ſie iſt alſo nach Kategorie II. conner.

4) Glück Com. Bd. 32. §. 1371. 1371 a. 1371 b. S. 266—292. Bd. 15. S. 127. Not. 60. *Gunther* princip. jur. §. 535. in fin. *Molignatus* l. l. qu. 281. Schweppe röm. Priv.R. §. 758. Fuſelius a. a. O. §. 19. Not. f. *Jo. Wunderlich* disquis. de jure retentionis, quatenus tutori competat. Jenae. 1758., welcher auch aus deutſchen Particularrechten die Statthaftigkeit dieſes jus retentionis des Vormunds nachweiſt. *Lauterbach* colleg. L. 27. tit. 3. §. 13.. *Mevius* P. 3. decis. 170. C. W. Zeiſig über Erb- und Vormundſchaftsangelegenheiten nach den im Königreiche Sachſen geltenden Rechten. Ebenmäß. 1825. §. 122. 123. S. 239 sq. Mackeldey Lehrb. §. 603. Thibaut Syſt. §. 436. ecl. §. 420. v. Wening Ingenheim Lehrb. IV. §. 126. Daß Rudorff im Rechte der Vormundſchaft Bd. III. Berlin 1834. §. 184. S. 130. Nr. V. in fin. dem Vormunde das jus retentionis nicht zugeſtehen will, weil er die l. 1. §. 4. D. 27, 4. blos von der Compenſation verſteht, aus der Compenſation aber Retention nicht folgt, kann ich nicht für richtig betrachten, da, wenn auch aus der Compenſation ein Recht zur Retention noch nicht folgt, die Compenſation mindeſtens die Retention bei ſonſt geeigneten Verhältniſſen nicht ausſchließt.

zed by Google

§. 64.

k) Das Retentionsrecht der Ehefrau an dem Vermögen des Ehemannes.

Die Frage wegen dieses Retentionsrechtes führt vor andern darauf, zu erkennen, wie sehr man früher und bis in die neuesten Zeiten die Eigenthümlichkeit unseres Rechtsinstitutes, welches als eigens geartetes zur Unterscheidung von andern Rechtsmitteln allein nur den Namen Retentionsrecht verdient, verkannt und mit andern Rechten vermengt hat, so, daß man ihm Folgen und Eigenschaften hier beilegte, welche ihm gar im mindesten nicht zukommen, sondern Attribute und Resultate anderer Rechte sind, die das Recht der Rückhaltung als integrirenden Theil ihres Umfanges mit umfassen. Dieses Retentionsrecht der Ehefrau, welches man auf l. 29. Cod. de jure dot. 5, 12. stützt, soll mit den besondern Privilegien der Alimentenziehung aus der res retenta, der Verwaltung, der Nutznießung, überhaupt des Gebrauchs derselben, des Klagrechtes, um die von der Frau nicht besessenen oder ihr abgenommenen ehemännlichen Vermögensstücke zu Gunsten ihres jus retentionis in ihren Besitz zurückzubringen, darum der remedia possessionis etc. ausgestattet seyn, folgeweise aber auch der Ehefrau hinsichtlich der Ausübung dieser Rechte besondere Leistungs- und Haftpflichten auflegen [1]).

1) Man vergl. üb. dieses jus retentionis *Meusell* (Romanus) l. l. th. 8—11. *Richter* l. l. th. 10. *Colerus* de proc. execut. p. I. cap. 2. num. 219—233. *Ludovici* l. l. §. 8 9. *Lauterbach* de retent. §. 10—13. *Mevius* ad jus Lubecense Lib. I. tit. V. art. 13. Tafelius §. 20. Not. e). *Schnorr* l. l. §. 12. *Mühlpfort* l. l. thes. 13. cum notis. *Mevius* P. I. decis. 172. n. 1. *Negusantius* de pign. part. 3. princ. membr. 4. n. 5. *Mynsinger* Cent. VI. obs. 45. u. 82. Link über das Retentionsrecht der Ehefrauen wegen ihres Eingebrachten in den Concursen ihrer Ehemänner. Rostock. 1812. *Hering* de retent. in securitat. dotis parmissa. Rostock. 1745. *G. N. Ittig* de vidua, usque dum ipsi satisfiat ex marti bonis sustentanda. 1748. *Carpzov* P. II. C. 25. def. 8—17. u. Lib. 4. tit. III. resp. 21. *H. Giphanii* explanat. difficilior. et celebrior. leg. Cod. ad L. an. §. Igitur in sequenti. Cod. de rei ux. act.

Meiner Ueberzeugung nach kann ſowenig von unſerm Retentionsrechte hier in den Fällen geſprochen werden, in welchen die Eheſrau jure taciti pignoris das ehemännliche Vermögen retinirt, als eben überhaupt von einem jus retentionis nicht geſprochen werden kann, wenn die retentio Ausfluß eines andern Rechtes iſt. Jeder Pfandgläubiger als ſolcher, der Mündel hinſichtlich ſeines Pfandrechtes am Vermögen des Vormundes, der locator hinſichtlich ſeines Pfandrechtes an des conductoris invectis et illatis, resp. fructibus praedii locati, die Kinder am Vermögen der Elteen, der Vermächtnißnehmer an den onerirten Nachlaßgegenſtänden ꝛc. ꝛc. wie derjenige, welcher eine ausdrückliche Hypothek beſtellt erhielt, retinirt, wie wir oben §. 4. entwickelten, nur jure pignoris nicht retentionis; und in ganz gleichem Verhältniſſe nur befindet ſich bei dem jus retentionis ex lege 29. Cod. 5, 12. die Eheſrau, wo und resp. wenn ſie jure pignoris taciti retiniren darf [2]); hinſichtlich derjenigen Foderungen dagegen an dem Vermögen ihres Ehemannes, für welche ſie ein Pfandrecht nicht hat, welche aber aus dem Eheverhältniſſe ſo herrühren, daß ſie in dieſem ihren Grund haben, z. B. wegen der Anfoderung als Erbin, der Foderung der Alimente des Witthums ꝛc. iſt ihr unſer jus retentionis nicht abzuſprechen, da hier, wo das Klag-Recht auf Herausgabe des Vermögens auf das Eheverhältniß zurückzuführen iſt, offenbar Connexität der Foderung vorliegt, um ſo mehr, als dieſelbe aus dieſem Vermögen ſelbſt zu befriedigen ſeyn wird. Jene dem Retentionsrechte qu. beigelegten Privilegien und Pflichten ſind nicht Qualificationen des eigentlichen Retentionsrechtes, ſondern

---

verb. Huc et ea quaestio. pag. 420 sq., Glück Com. Bd. 27. S. 181—186. Schweppe röm. Priv.R. §. 683. in f. col. §. 348. Th. II. S. 292. 293. Mackeldey Lehrb. §. 527. num. 1) u. Not. b). Thibaut Syſt. §. 351. Wegen des jus ret. für das Witthum Glück Com. Bd. 25. S. 327. *Nettelbladt* de dotalitio §. 41.

2) Hierüber ſehe man: Meißner a. a. O. §. 149—176. Tigerſtröm Dotalrecht §. 67—76. Mackeldey Lehrb. §. 527. col. §. 313. Thibaut Syſt. §. 789. Mühlenbruch Lehrb. §. 314.

entweder Ausflüsse des Pfandrechtes, oder überhaupt des besondern Rechtsverhältnisses, in welchem die Eheleute als solche zu einander stehen; sie bilden besondere Berechtigungen, welche lediglich aus dem ehelichen Verhältnisse herstammen (z. B. der Fruchtgenuß am ehemännlichen Vermögen für den Zweck der Sustentation der Ehefrau), mit dem eigentlichen jus retentionis aber gar nicht zusammenhängen, zu ihm sich vielmehr nur als selbstständige Rechte gesellen, daher ich auch ihre Aufzählung und ausführliche Beurtheilung hier übergehen darf. Daß übrigens die l. 29. Cod. 5, 12. noch jetzt gültige Rechte bestimme, hat schon Link a. a. O. gezeigt; an ihren Bestimmungen hat späteres Recht nur geändert, daß die Ehefrau tacitam hypothecam habe, expressam also nicht mehr brauche; die tacita aber hat alle Rechte ex lege 29. cit., folglich auch die retentio, wenn die Ehefrau rechtmäßig den Besitz des ehemännlichen Vermögens erlangte.

§. 65.

Kategorie III.

Die Foderung empfing durch die Sache ihre Entstehung und Begründung.

1) Allgemeine Bemerkungen.

Oben im §. 55. deutete ich schon an, daß ich nur solche Fälle des Retentionsrechtes hieher zähle, bei denen die Sache selbst und nicht irgend ein anderes sie begleitendes Verhältniß die Erzeugerin und Begründerin der Foderung ist, für welche retinirt werden soll. Die Sache kann, in ein gewisses Verhältniß gebracht, Leistungen, Aufwände hervorrufen, und auf diese Weise zur Entstehung der Foderung in einem gewichtigen Causalnexus stehen, wie dieses namentlich bei den Foderungen aus Verwendungen zu Gunsten der Sache, aus nicht contractmäßiger Beschaffenheit der Sache (s. oben §. 62. den Fall der l. 24. Cod. 8, 45.), und aus einer Schadensersatz nach sich ziehenden Behandlung der Sache (s. oben §. 26. den Fall der l. 25. §. 4. D. 24, 3.) der Fall ist. Allein sehen wir solchen Zuständen schär-

fer in das Auge, so können wir nicht verkennen, daß bei ihnen die Sache doch nur als das passive Object erscheint, an welcher die That geschieht, die für die Quelle der Foderung lediglich nur zu nehmen ist. Soll der Fall hieher gehören, so muß die Sache nicht in passiver Verbindung zu der That der Erzeugung der Foderung stehen, sondern sie selbst muß active Bedeutung für deren Entstehung gewonnen haben, und zwar eine solche, daß von dieser Activität die Foderung das Resultat ist. Man hat für die Fälle, die ich hieher zähle, zeither als das Characteristische hervorgehoben: „wenn man durch eine fremde Sache einen vom Eigenthümer zu ersetzenden Schaden erlitten habe;" allein aus zwei Gründen habe ich das generische Verhältniß dieser Kategorie nicht auf gleiche Weise bestimmen mögen, einmal, weil dabei nicht hoch genug im Principe heraufgegangen wird, um absehend von den concreten Zuständen der Erscheinung der species das generische Verhältniß aller species in abstracto zu bezeichnen; sodann weil es in der That Fälle dieser Kategorie giebt, bei denen keineswegs ein durch die Sache erlittener Schaden die Foderung erzeugte. Ebensowenig kann ich die von Sintenis Pfandrecht §. 5. S. 24. princ. num. 3) gebrauchte Bezeichnung: „wenn die Sache für die Foderung unmittelbar haftet, z. B. durch Anrichtung eines Schadens" für treffend erkennen; denn daß die Sache, welche Schaden anrichtete, für die Foderung des Schadensersatzes ohne weiteres schon unmittelbar hafte, ist nicht zuzugeben. Auch würden unter eine solche Rubrik alle die Fälle der andern Kategorieen zu rechnen seyn, bei denen die Foderung auf Befriedigung aus der Sache selbst Ansprüche hat, was nach §. 62. bedeutungslos für Aufstellung der Connexitätskategorieen ist, und die Kategorien nur unter sich selbst wieder vermengen würde. Einzelne unter diese Kategorie zu stellende Retentionsrechtsfälle werden für die Richtigkeit meiner Bezeichnung die Bestätigung liefern.

§. 66.

2) Retentionsfälle dieser Kategorie.

a) **Wenn eine fremde Sache mir Schaden zugefügt hat, den der Eigenthümer der Sache zu ersetzen verbunden ist, so kann ich diese in meinen Besitz gekommene Sache solange retiniren, bis meine Foderung auf Schadenersatz und Verhüthung des künftigen Schadens befriedigt wurde.** Man zählt hieher arg. leg. 6. 7. §. 2. l. 9. pr. D. de damno infecto. 39, 2. den Fall, wenn des Nachbars Gebäude mir durch seinen Einsturz geschadet hat; in diesem Falle kann ich die auf meinen Grund und Boden gefallenen Materialien bis nach erlangtem Schadenersatz und gegebener Sicherung gegen künftige Schäden retiniren [1]). Hieher gehört ferner arg. l. 5. §. 4. D. ad exhibend. 10, 4. — l. 9. §. 3. D. ibid. 39, 2. — l. 8. D. de incendio ruin. naufrag. 47, 9. der Fall, wenn durch Gewalt des Windes und Wassers ein fremdes Schiff auf meinen Acker getrieben wird und mir Schaden angerichtet hat; in diesem Falle darf ich das Schiff solange retiniren, bis mir dieser Schaden vergütet wurde. Siehe auch noch die Fälle in l. 9. §. 1. 2. D. 39, 2. Ferner gehört hieher der Fall, wenn ein in Pfand gegebener Sklave überhaupt ein Pfandstück dem creditori pignoratitio Schaden zugefügt hat, steht bis zur Vergütung dieses Schadens, insofern er dem Schuldner zur Last fällt, dem Gläubiger das Retentionsrecht am Pfande zu. arg. leg. 31. D. de pignor. act. 13, 7. — leg. 61. §. 1. 3. 5. D. de furtis. 47, 2. (S. auch oben §. 63. lit. e) u. das. Not. 1.) Noch gehört hieher der Fall, wenn eine geliehene Sache dem Commodatar Schaden zufügte arg. leg. 18. §. 3. D. commod. 13, 6. (S. oben §. 63. lit. f) u. Not. 3.) oder wenn der verkaufte, aber nach dem edicto aedilitio zurückzugebende Sklave dem

1) S. Puchta über gerichtl. Klagen besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer. Giessen 1833. §. 158. S. 446 sq. Heise u. Cropp Abh. I. S. 415. v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 169. Not. m. III. §. 265.

Käufer Schaden erzeugt hat, arg. l. 23. §. 8. l. 29. D. de aedil. edicto. 21, 1. (S. §. 62. u. 73.) Hieher könnte man wohl auch den Fall zählen in l. 8. D. de trit. vin. ol. 33, 6. verb.:

„Si heres damnatus sit, dare vinum, quod in dolis esset, et per legatarium stetit, quo minus accipiat: periculose heredem facturum, si id vinum effundet: sed legatarium petentem vinum ab herede, doli mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id, quod propter moram ejus damnum passus sit heres.“

Iſt auch die mora hier die Veranlaſſung geweſen, daß der Erbe Schaden hatte, ſo hat doch der Wein unmittelbar den Schaden erzeugt, und die mora erſcheint nur als der Grund, warum der Wein dem Erben Schaden erregte. (Man vergl. hieher Hänel im Arch. f. civ. Prax. Bd. 12. S. 425. XII. 2.) Allein auch aus Kategorie II. erſcheint dieſer Fall conner, weil das fragliche Erbverhältniß als die Mutter der Foderung und Gegenfoderung ſich anbietet, und dahin möchte er nach den Grundſätzen des §. 65. wohl noch richtiger zu rechnen ſeyn.

b) Wenn eine Sache wegen ihrer Eigenthümlichkeit Schaden anzurichten droht, ohne jedoch einen ſolchen ſchon geſtiftet zu haben, und deshalb von ihrem Inhaber dem Bedrohten die cautio damni infecti geleiſtet wurde, iſt der Cavent, ſobald er die gefährliche Sache ihrem Eigenthümer zurückzugeben hat, befugt, dieſelbe ſo lange zu retiniren, bis der Eigenthümer ihn von ſeiner Cautionspflicht befreit. Einen ſolchen Fall referirt uns die oben §. 62. sub a) ſchon angezogene l. 55. D. sol. matrim. 24, 3. verb.:

„Cum mulier de dotis repetitione post solutum matrimonium agit, cavere debet marito, qui aedium nomine damni infecti cavit (cf. l. 15. §. 31. l. 19. §. 1. l. 24. §. 2. D. de damn. inf. 39, 2. l. 5. §. 1. D. ut

in poss. leg. 36. 4.), si velit eam recipere, ut periculum mariti amoveat."

c) Da bekanntlich, wenn der Eigenthümer einer Gefahr drohenden Sache die cautio de damno infecto verweigert, arg. l. 15. §. 11—16. D. de damno inf. leg. 4. §. 1. D. ne vis fiat ei, qui in possess. missus erit. 43, 4. dem Bedrohten die missio in possessionem der Gefahr drohenden Sache ertheilt wird, vom Richter also, um die Caution zu erzwingen, Detentionsrechte dem Bedrohten ertheilt werden, so kann es nicht bezweifelt werden, daß dem Bedrohten auch solange, bis der Eigenthümer der gefährlichen Sache die cautio leistete, an dieser Sache, falls sie sine vitio in des Bedrohten Besitz kam, das Retentionsrecht auszuüben befugt ist; er übt hierdurch die Besitzrechte aus, die er sich vom Richter, wenn er den Besitz nicht schon hätte, wnstituiren lassen könnte.

Aus diesen drei Fällen geht schon zur Genüge hervor, daß die Sache hier in einer activen Bedeutung zur Entstehung der Foderung hervortritt; ihr Einsturz, ihre Thätigkeit, welche den Schaden erzeugte, oder ihre Beschaffenheit, welche die Gefahr producirte, erzeugten allein nur die Foderung, für deren Beschwichtigung die Sache retinirt werden will.

Daß der Fall der deutschrechtlichen Pfändung mit den Fällen des Retentionsrechtes sub a) nicht zu vermengen sey, hat Glück Com. Bd. 15. S. 129. gezeigt; die Pfändung erfodert nicht eine schon vom Pfändenden besessene Sache, sondern ist ein Rechtsmittel, Besitz zu ergreifen, während das Retentionsrecht, wie wir sahen, hierzu nicht befugt; auch gelten über die Fortdauer des Besitzes der gepfändeten Sache ganz andere Grundsätze, als bei dem jus retentionis; die gepfändete Sache muß an das Gericht abgeliefert werden, die res retenta aber bleibt in des Retinenten Privatbesitz [2]).

2) M. vergl. in dieser Beziehung noch: *H. God. Bauer* exercit. jur. civ. de pignoratione privata. Lips. 1810. u. *Ejusdem* observationes grammaticae atque historicae circa pignorationem privatam. Lips. 1810. P. II.

§. 67.

Kategorie IV.

Die Sache wurde durch Gesetz oder voluntas des Betheiligten in ein zu Gunsten der Foderung wirken sollendes Verhältniß gebracht.

1) Allgemeine Bemerkungen.

Unter Beziehung auf das, was ich oben §. 45. schon vortrug, füge ich hier nur noch Folgendes an. Man kann dieser Kategorie nicht entgegnen, sie sey eigentlich die Kategorie der Ausnahmen von dem Requisite der Connexität der Foderung mit der Sache bei dem Retentionsrechte. Ich behaupte im Gegentheil: sie ist der sprechendste Beweis für die Nothwendigkeit jenes Erfodernisses. Führt das Gesetz, wie wir aus dem Bisherigen doch wohl nicht verkennen konnten, darauf, daß das Walten der Retentionsbefugniß nur in Fällen als billig und zulässig angesehen wurde, wo ein ursprünglicher Zusammenhang zwischen der Foderung und der zu retinirenden Sache dem Rechtsgefühle zum Motiv wurde, die Sache in eine Wirkung für Befriedigung der Foderung zu verstricken: so müssen wir es nur als Resonanz dieses Rechtsgefühles ansehen, wenn auch in Fällen, bei denen jener Zusammenhang ursprünglich nicht gegeben war, von dem Gesetzgeber oder dem Betheiligten, ein solches Beziehungsverhältniß eintreten zu lassen, aus concreten Zuständen des Falles für billig betrachtet wurde. Nicht jede Foderung, sondern nur eine Foderung, bei welcher Gründe dafür sprechen, soll zum Retentionsrecht befugen: dieses ist am Ende des Rechtsgefühles Richtung. Da die Römer nicht ängstliche Systematiker waren, so kann es uns nicht überraschen, wenn wir, aus einer Zahl ihrer Entscheidungen ein sie consequent geleitet habendes Princip erkennend, auf einzelne Fälle stoßen, worin sie ihrem Principe untreu geworden zu seyn scheinen. Hätten sie ihre Principe auf gesetzliche Aussprüche reducirt besessen, so würden sie, gleich uns

§. 2. pag. 18 sq. Glück Com. Bd. 10. §. 607. Struben rechtl. Bed. III. 675. S. 302. Puchta a. a. O. §. 160.

Juristen positiver systematisch ausgebildeter Legislationen, bei ihrem klaren Sinne für Consequenz ihrer Ansichten der Fortbildung ihrer Gesetzlichkeit vielleicht engere Schranken gezogen oder ihre neuen Schöpfungen ausdrücklicher motivirt haben; allein da sie von solchen Schranken nicht gefesselt wurden, so ist es nur sehr natürlich, daß der Rechtssinn, welcher Jahrhunderte hindurch nur nach Umständen als Ausnahme die Retention einer fremden Sache zu Gunsten einer Foderung gestattet hatte, in besonders dafür gearteten Fällen gleiche Wirkung austheilen zu müssen für begründet ansah, wenn auch in ihnen nicht gerade dieselben Gründe dafür hervortraten, welche bisher dafür gesprochen hatten. Das Consequente und Gleiche eines solchen Verfahrens mit dem frühern besteht dann darin, daß nicht ternere und ganz allgemein hin bestimmt wurde, es solle an jeder von dem Gläubiger sine vitio besessenen Sache des Schuldners das jus retentionis zustehen, sondern daß man immer entnehmen kann, dem Schöpfer eines solchen Befugnisses erschien nach den besondern Verhältnissen des Falles die Sache billig in einer der Foderung dienenden Beziehung. Begreiflich können, wie gedacht, Fälle solcher Retentionen nicht willkührlich über die ausdrücklich lege vel voluntate debitoris gesetzten Fälle von dem Gläubiger oder Richter vermehrt werden, da jenem ausschreitenden Walten des Rechtsgefühles nur Gesetz oder Einwilligung des Betheiligten das Wort reden kann; wir können jedoch in ihm nur nicht die Bestimmung erkennen, als habe dem Gesetze jemals das Requisit der das Retentionsrecht begründenden Beziehung zwischen Foderung und Sache nicht mehr gegolten. Gerade dieses Walten ist nur der Ausfluß einer solchen Rücksicht, die sich nur in concreto nicht an den gleichsam mit der Foderung geborenen Zusammenhang zwischen ihr und der Sache gefesselt betrachtet hatte.

Da man bis jetzt der positiven Connexität im Gebiete des Retentionsrechtes noch keine Stelle anwies, so hat man allerdings Noth gehabt, in manchen Gesetzesfällen die connexa causa herauszulesen; man hat mehrern Gewalt angethan, um sie für Fälle der ursprünglichen Connexität zu erklären. Alles dieses wird

schärfer hervortreten, wenn wir uns nunmehr damit beschäftigen, einzelne Retentionsfälle dieser Kategorie zu besprechen.

§. 68.

2) Einzelne Retentionsfälle dieser Kategorie.

a) Viele Schwierigkeiten in Bezug auf die Frage der Connexität hat den Rechtslehrern der Fall in lege 26. §. 4. D. de condictione indebiti. 12, 6. gemacht. Die Gesetzstelle lautet:

„Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi: competere repetitionem, Marcellus libro 20. Digestorum scribit, et centum manere stipulationem. Licet enim placuit, rem pro pecunia solutam parere liberationem; tamen si ex falsa debiti quantitate majoris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia: nemo enim invitus compellitur ad communionem. Sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur."

G. L. Boehmer [1]) hat diesen Gesetzesfall aus dem Grunde für connex halten wollen, weil die Schuld aus der zu retinirenden Sache hätte bezahlt werden sollen; allgemeiner rechnet man den Fall jetzt [2]) unter die oben §. 54. angegebene und beurtheilte Connexitätskategorie: wenn man eine Sache für eine Gegenleistung herausgeben solle, könne man sie bis zur Befriedigung dieser retiniren. Man hat diesen Fall auch als ein jus retentionis conventionale tacitum gelten lassen wollen [3]). Aeltere Rechtslehrer [4]) haben in ihm alle Connexität geleugnet und ihn darum als Beleg gegen das Requisit der Connexität benutzt. (S. oben §. 42. lit. c.)). Abgesehen da-

1) *Boehmer* diss. de retent. §. 11.

2) Glück Com. Bd. 15. S. 130. v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 169. Not. i. Thibaut System. §. 224. Not. c.

3) Thibaut a. a. O. Not. c) in fin.

4) S. die von *Molignatus* l. l. qu. 199. angeführten ältern Schriftsteller u. *Ludovici* l. l. §. 41. — *Ranft* l. l. §. 8. S. 23. in fin. S. 24. princ. Not. g).

von, daß ich eine Connexitätskategorie, wenn man eine Sache für eine Gegenleistung herausgeben solle ꝛc, nicht annehmen kann, da die Gesetze auf sie als eine selbstständige nicht führen, so ist doch sicherlich unser Gesetzesfall kein Fall, der eine solche Connexität enthielte; denn der nach dem Gesetze zurückzugebende fundus soll ja nicht für die Schuld der Hundert herausgegeben, sondern für sie nur zurückgehalten werden. Mit dieser Rückhaltung aber steht die Connexität nicht zu erklären, da diese Erklärung eine petitio principii verschulden würde, indem die Rückhaltung gerade der erst zu erklärende Gegenstand ist; auch ist ja die Schuld, die mit dem fundus bezahlt werden sollte, keine Gegenleistung für den fundus; zwischen ihr und dem fundus besteht an sich gar kein Coerespondenzverhältniß, wie dieses in dem Falle der auch unter jener Kategorie gezogenen l. 13. §. 8. D. de act. emt. 19, 1., wenn sonst nur diese lex von einem eigentlichen Retentionsrechte verstanden werden könnte, allerdings vorhanden ist. Es ist dieses auch der Grund, warum man die l. 26. §. 4. cit. von einem Retentionsrechte ex diversa causa verstanden hat, wie neuerer Zeit wieder *Ranft* gethan hat. — Die Ansicht von *Boehmer* und diejenige, welche ein jus retentionis conventionale tacitum im Gesetze erblickt, kommen meinem Urtheile nach der Sache näher; allein sie entwickeln den Grund der Connexität doch nicht erschöpfend und überzeugend genug. Ich betrachte die Sache auf folgende Weise.

Der fundus sollte die Foderung des Retinenten bezahlen; er war also bei dieser datio in solutum offenbar durch Vertrag in eine Connexion mit der Foderung der Hundert gebracht worden. Diese Connexion soll jedoch nach des Gesetzes Entscheidung, insoweit sie gleichsam compensando die gegnerische Foderung tilgen und den Gläubiger zum Eigenthümer des fundus machen sollte, weil sich dabei überzahlt worden war, nicht gelten. Insoweit dagegen das constituirte (und mittelst der condictio indebiti erst wieder rescindirte) Eigenthumsrecht am fundus das Recht der Rückhaltung des fundus mit umschloß, insoweit wurde das früher constituirte Verhältniß des Gläubigers zum fundus

nicht aufgelöst; es fährt darum die lex also fort: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur. Die Wirkung der Aufhebung des früher constituirt gewesenen Verhältnisses der datio in solutum durch die condictio indebiti sollte demnach nach des Gesetzes Willen nicht weiter gehen, als bis zur Auflösung des Eigenthumes des Gläubigers am fundus und der Tilgung der Foderung, wodurch begreiflich die nicht mit rescindirte retentio fundi in die retentio ad tempus solutionis sich verwandeln mußte, weil sie sonst die datio in solutum geblieben wäre. Es ergiebt sich hieraus: die durch den Vertrag der datio in solutum geschaffene Connexion zwischen dem fundus und der Foderung, welche, soweit wir den Fall aus dem Gesetz kennen, allerdings an sich ursprünglich in gar keinem Connexitätsverhältnisse mit einander gestanden hatten, blieb nach des Gesetzes Entscheidung in der Wirkung unseres eigentlichen Retentionsrechtes bestehen; dieser Gesetzesfall ist demnach ein Fall einer positiven, durch Vertrag und Gesetzesbestimmung geschaffenen und gestatteten, Connexität. Die Motive für den Gesetzgeber, hier eine Connexität bestehen zu lassen, liegen sehr nahe. Hat jemand mit einer Sache eine Schuld befriedigen wollen, und die Sache hierzu dem Gläubiger schon übereignet, so ist es gewiß nur höchst billig, wenn der Gläubiger, der es sich gefallen lassen muß, diese Befriedigung und Uebereignung wieder sich entzogen zu sehen, mindestens das Recht behält, die Sache, woran ihm soviel Recht schon eingeräumt war, solange zurückzuhalten, bis er anderweitige Befriedigung empfing. Es liegt in dem Rechtsgefühle begründet, daß er der Rückforderung der Sache entgegnen dürfe: „willst du die Rückgabe der Sache, so tausche sie mit einer andern mir gegebenen Befriedigung aus." Würden wir die Entscheidung, wie sie die l. 26. §. 4. cit. zu Gunsten des Retentionsrechtes giebt, nicht besitzen, so würde in einem solchen Falle ein jus retentionis nicht zu gestatten seyn; denn dann würde mit der Rescindirung des Verhältnisses der datio in solutum alles wieder in den frühern Zustand vor derselben zurückkehren, folglich zwischen der Sache und der Foderung kein

Connexitätsverhältniß mehr vorhanden seyn, gleichwie es vor der datio in solutum auch nicht vorhanden war. Diese Erwägung überzeugt nur noch mehr von der Richtigkeit der Unterscheidung einer ursprünglichen und positiven Connexität. Ein ähnlicher Fall ist

b) der Fall in l. 1. pr. D. de pignoribus. 20, 1. Die Gesetzesworte sind: „Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignorabat alienum, utilis actio dabitur; sed facilior erit possidenti retentio.“ Daß die Worte „difficilius“ und „facilior“ hier als einfach verneinend und bejahend einander gegenüberstehen, erwähnte ich schon oben §. 30. in Not. 3.). Nach der Entscheidung dieser lex gilt die conventio auch nicht als Pfandvertrag, wohl aber als conventio jus retentionis dans; die conventio wird nach des Gesetzes Entscheidung nur bis auf das im jure pignoris mit enthaltene jus retentionis, welches losgelöst vom pfandrechtlichen nexus als eigentliches Retentionsrecht hervortritt, für ungültig erklärt. Die Connexität liegt hier, wie bei dem Falle der l. 26. §. 4. D. 12, 6., in der durch Vertrag zwischen der res und der Foderung erst geschaffenen und vom Gesetz gestatteten Connexion; wir haben demnach hier wieder einen Fall einer positiven Connexität. *Dionys. Gothofredus* sagt ausdrücklich ad leg. 1. pr. cit.: non convalescit pignus, ut agas, *sed tantum ut retineas:* tibi non prodest hoc ad agendum, *sed ad retinendum tantumvis* [5]). Die Motive zur Schöpfung dieses Retentions-

5) Man vergl. hierher: Sintenis Pfandrecht §. 16. S. 86—89. und Büchel Natur des Pfandrechts. S. 14. (30). S. oben §. 30. in fin. Daß der retinens in l. 1. pr. D. 20, 1. kein malae fid. possessor von dem Augenblicke der Gültigkeit seines Retentionsrechtes an ist, leuchtet ein, da er ja seinen Besitz von der Einwilligung dessen erwarb, der das jus retentionis gegen sich gelten lassen muß. S. Puchta üb. d. gerichtl. Klagen ꝛc. §. 119. Nr. 5) S. 327.

rechtes sind die ähnlichen wie bei dem Falle der lex 26. §. 4. D. 12, 6. Was der Schuldner als Pfand gelten lassen wollte, mag er billig, wenn es auch als Pfand nicht gelten kann, bis zur Zahlung an den Gläubiger mindestens in dessen retentione lassen. — Aehnlich ist es auch

c) in dem schon oben §. 59. lit. r.) referirten Falle der lex 7. §. 5. D. de reb. cor. qui sub tut. 27, 9. Der wenn auch ungültige Vertrag hat die Connexion zwischen der Foderung und der Sache geschaffen und der Gesetzgeber läßt sie bis auf die retentio rei pignoratae bestehen. Die oben citirten l. 16. pr. D. 13, 7. und l. un. C. 2, 48. geben des Gesetzgebers Motiv zu dieser Schöpfung einer Connexität an. Hieher ist auch

d) der Fall in l. 23. §. 1. D. de cond. indeb. 12, 6. zu zählen, welchen das Gesetz also vorträgt: „Si post rem judicatam quis transegerit, et solverit, repetere poterit: idcirco quia placuit, transactionem nullius esse momenti. — *Retineri tamen*, atque compensari *in causam judicati, quod ob talem transactionem solutum est, potest.* coll. leg. 7. §. 1. 2. D. de transact. 2, 15. *Molignatus* l. l. qu. 237. u. *Koenig* (Reusner) l. l. §. 23. in fin. finden in diesem Gesetze den Satz: quod solutum est ex falsa causa, retineri potest pro vera, si bona fides intervenerit. Zwischen dem solutum und der Foderung ist nun ex post dadurch eine Beziehung positiv geschaffen worden, daß dasselbe zu Befriedigung der Foderung gegeben wurde. Obschon es ex falsa causa gegeben war, so war es dennoch zur Befriedigung derselben Foderung bestimmt, und diese Bestimmung soll es behalten; daher dieselbe die res data zur connexa cum debito, oder das debitum zum connexum cum re macht. Eins der gewichtigsten Beispiele der unter diese Kategorie fallenden Retentionsrechte ist das jus retentionis ex lege un. C. etiam ob chirograph. pec. 8, 27., dem wir jedoch seines Gewichtes und der umfänglicheren Schilderung seines Inhaltes halber eigene Paragraphen widmen wollen.

§. 69.

e) Das Retentionsrecht des Pfandgläubigers am Pfande für in dem Pfandrechte nicht begriffene Foderungen. Grund desselben.

Dieses Retentionsrecht stützt sich, wie mehr bemerkt, auf die l. unica Cod. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse. 8, 27. Die Gesetzesstelle lautet:

„Pignus interedit, si, novatione facta, in alium jus obligationis transtulisti, nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, tibi cautum est. Quodsi pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneretur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem. *At si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a creditore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Jure enim contendis, debitores, eam solam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes, audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt.* Quod in secundo creditore locum non habet. Nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre."

In dieser Gesetzesstelle, einem Rescripte des Kaisers Gordian, wird dem Pfandgläubiger nicht blos wegen der im Pfandrechte begriffenen, sondern auch wegen Foderungen, für welche das Pfand, als solches, nicht haftet, das Recht der Rückhaltung des Pfandobjectes bis zu empfangener Befriedigung aller dieser Foderungen ertheilt. Zwischen diesen Foderungen, für welche das Pfand nicht bestellt wurde, und dem Pfandobjecte ist an sich offenbar keine Connexion; da sie nun nur der Gesetzgeber schaffte,

ſo iſt dieſer Fall eines Retentionsrechtes nur ein Fall poſitiver, von dem Geſetze geſchaffener, Connexität. Fragt man nach dem Grunde dieſer Schöpfung, ſo erfahren wir aus dem Geſetze darüber etwas Weiteres nicht, als daß der Kaiſer Gordian es für recht und billig gehalten hat, daß der Schuldner, um das Pfand zu erlangen, alle ſeine Schulden, alſo nicht blos die im Pfandnexu begriffenen, an den Gläubiger bezahle. Die Worte: „jure contendis“ ſowie überhaupt die ganze Faſſung des Reſcripts zeigen allerdings, daß es des Kaiſers Abſicht gar nicht war [1]), etwas Neues einzuführen, und bisherige Rechtsgrundſätze aufzuheben, was überhaupt in ſolchen Reſcripten nicht zu geſchehen pflegte; da nun aber kein früheres Geſetz [2]), ſoweit unſere Geſetzeskenntniß reicht, beſtand, welches eine ähnliche Befugniß dem Pfandgläubiger ertheilte, ſo können wir die Hindeutung in den Worten „jure contendis,“ wollen wir nicht bodenloſe Vermuthungen aufſtellen, nicht ſo wohl auf die ſpecielle Beſtimmung, daß der Pfandgläubiger in der erklärten Weiſe ſchon nach früherm Rechte retiniren dürfe, beziehen; ſie können uns vielmehr etwas Anderes nicht bedeuten, als daß der Kaiſer im Rückblick darauf, daß nicht jede Foderung, ſondern nur eine Foderung, bei welcher Gründe dafür ſprechen, zum Retentionsrechte befuge, habe ausdrücken wollen: nach ſeiner Ueberzeugung liege hier ein Fall vor, worin es ebenſo wie in den früher vom jus dafür gehaltenen Fällen, nur billig erſcheine, dem Schuldner die exceptio doli mali entgegenzuſtellen. Die Beziehung auf das frühere Recht und die Verbindung der Reſcriptlichen Entſcheidung mit demſelben beſteht demnach hier blos in der vom Kaiſer anerkannten Fortwirkung des alten Rechtsgrundſatzes, daß nur, wo die Verhältniſſe des Falles eine ſolche Ausnahme bevorworten,

1) J. A. Frič Erläuterungen zu Wening Ingenheims Lehrb. des Civilr. Heft II. S. 490.

2) *Jac. Cujacius* recitationes solemnes in Cod. Lib. VIII. tit. 26. Francof. 1597. pag. 906. columna prima Lit. D. *Hub. Giphanius* explanatio difficiliorum et celebriorum Legum Codicis Justiniani. Colon. Plancian. 1615. P. II. pag. 360. columna secunda princ.

das Retentionsrecht an einer einem Andern gehörigen Sache zu gewähren sey. Warum der Kaiser casum rescripti als einen untere dieses alte Princip fallenden betrachtet habe, müssen wir nach den Andeutungen auffassen, die ich im §. 67. in dieser Beziehung gab. Die frühern Commentatoren [3]) des Codex haben ziemlich übereinstimmend die Ansicht des Kaisers, warum hier Billigkeit die exceptio doli generalis hervorrufe, dahin zu enträthseln versucht, daß sie sagten: Ratio hujus juris haec videtur esse, quia improbe facere videatur debitor, — qui id tantum aes alienum solvit, quod sub pignore debet, quoniam id non tam sua sponte facere videtur, quam coactus vinculo et nexu pignoris, quo forsitan indiget, plane demonstrans se id nunquam aut vix exsoluturum, quod debet sine pignore, quae improba mens et cogitatio debitoris merito coercetur, etiam retento pignore, oh aes alienum et chirographarium, tametsi propter id obligatum non sit. Et longa alia est ratio secundi creditoris, qui ultro primo creditori offert, quod ei ipse non debuit [4]). Hugo Donellus [5]) giebt die ratio legis also an: Quaeritur, in quo nascatur haec exceptio? Respondeo, in eo, quod debitor a creditore sibi restitui rem pignori obligatam postulat, et ita sibi a creditore solvi, cum ipse nolit creditori solvere, quod ei debet. Ita enim postulat in creditorem jus statui, quo ipse uti non vult, contra aequitatem naturalem, et illam partem edicti, *Quod quisque juris in alium statuerit, ut ipse eodem jure utatur*, Titul. *quod quisque juris D.* (2, 2.) Allerdings widerstrebt es wohl in keinem

3) *Jac. Cujacius* l. l. pag. 906. *H. Giphanius* l. l. pag. 360. in f. 361. princ. *Brunnemann* ad l. un. Cod. 8, 27.

4) Es sind dieses die Worte des Cujacius, mit welchen Giphanius und Brunnemann fast ganz übereinstimmen. S. auch *Exleben* princip. de jure pignorum et hypothecarum § 201. Dutflorp rechtl. Bem. II. 10. Not. i). *G. L. Boehmer* de ret. §. 12. Not. z.

5) *Hugo Donellus* Comment. ad tit. 27. Lib. VIII. Cod. in Oper. omnib. Tom. IX. et commentariorum in Cod. Justin. Volum. III. Lucae 1766. pag. 1161-1162. num. 4.

Falle mehr dem Billigkeitsgefühle, eine Sache, welche einmal schon dem Gläubiger zur Sicherstellung einer Foderung gegen den Schuldner gegeben war, herauszugeben zu sollen, wenn dem Gläubiger genau nur die Pfandsforderung getilgt wurde, nicht aber auch vom Pfandrechte nicht begriffene, gegen denselben Schuldner ihm aber doch auch zustehende, Foderungen befriedigt werden wollen. Man nehme nur hinzu, wie es sich im Verkehre des Lebens sehr häufig findet, daß derjenige Gläubiger, welcher von einem Schuldner zur Sicherheit einer Foderung bereits ein Pfand bestellt und übergeben empfing, nur zu leicht noch vom drängenden Schuldner vermocht wird, demselben noch mehr Geld hinzuleihen, ohne das bestellte Pfandrecht ausdrücklich auch auf solche Foderungen mit erstrecken zu lassen, oder daß ein Gläubiger, dem für eine spätere Schuld ein Pfand übergeben wurde, unbedenklicher, wie später entstandene, auch früher schon vorhandene Foderungen noch weiter stundet in der Meinung, er habe ja ein Pfand in Händen, welches ihm nicht blos die Pfandschuld, sondern auch die übrigen Schulden zu decken vermöge. Ich wiederhole: in keinem Falle mag es die Aufrechtserhaltung des Credits der Gerechtigkeit mehr als in diesem erheischen, eine ursprünglich nicht connexe Foderung mit der Sache durch positive Gestattung in Connexion zu bringen. Das Heer der Gläubiger wird niemals im Rechte so kenntnißreich werden, daß es zu seiner Sicherung und zum Schutz gegen Hinterlistung erfahre und begreife, zwischen dem Pfande und einer daran nicht haftenden Foderung sey keine die letztere sichernde Beziehung; das Recht der Legislation muß hier dem aus den Lebensverhältnissen und der herrschenden Meinung hervorgegangenen Rechtsgefühle entgegenkommen, um mit seinen positiven Satzungen nicht zu sehr in Widerspruch gegen dasjenige zu gerathen, was der einfache nicht doctrinell gebildete Sinn des Menschen zum eigenen Schutz als Recht annehmen zu dürfen geglaubt hat. Es war sicherlich darum nur aus dem Bedürfniß des Lebens erklärlich, daß der Kaiser die alte Rücksicht für die Zulassung des Retentionsrechtes auch in dem gegenwärtigen Fall als Platz greifend ansah, und positiv

ein jus anerkannte, was ursprünglich mit der Foderung qu. nicht verbunden war.

§. 70.

Erklärung der l. 11. §. 3. D. 13, 7. — l. 4 u. 22. Cod. 4, 32. welche entgegen zu stehen scheinen.

Im Widerspruch mit unserer l. un. Cod. cit. hat man folgende drei Gesetze erblickt: l. 11. §. 3. D. de pign. act. 13, 7. verb.:

„Si in sortem duntaxat vel in usuras obstrictum est pignus, *eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pignoratitia.* Sive autem usurae in stipulatum sint deductae, sive non: si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, pignoratitia cessabit;“

ferner l. 4. Cod. de usuris. 4, 32. verb.:

„Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est, et rationem habet: cum pignora conventione pacti etiam usuris obstricta sint.

Sed enim in causa, de qua agis, haec ratio cessat, si quidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit: postea autem, cum se debitor praestaturum majores repromisit, *non potest videri rata pignoris retentio:* quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non convenit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur;“

und l. 22. Cod. eod. verb.:

„Pignoribus quidem intervenientibus, usurae, quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt. Verum hoc jure constituto, cum hujusmodi nullo interposito pacto tantummodo certae summae praestari poenam convenisse proponas, *nec peti nec retineri quicquam amplius potest, et ad*

pignoris solutionem urgeri te disciplina juris perspicis.“

Die *lex* 11. §. 3. *cit.* ſoll das Retentionsrecht für das Capital oder die Zinſen, für welches von beiden das Pfand eben nicht beſtellt wurde, verbieten. *H. Donellus* [1]) glaubt dieſe Beſtimmung auf ſolche Weiſe mit der l. un. C. 8, 27. vereinigen zu können, daß er annimmt, wenn mehrere Foderungen zu gleicher Zeit vorhanden geweſen, und nur für Eine ein Pfand beſtellt worden ſey, ſo ſey offenbar, daß expressa voluntate die retentio pignoris für die andere Foderung habe ausgenommen werden wollen, und nur von dieſem Falle rede die l. 11. §. 3. cit., während die l. un. C. cit. von dem Falle ſpreche, wenn die chirographariſche Foderung ſpäter nach der Pfandfoderung entſtanden ſey. Andere [2]) haben die Worte des Geſetzes „vel in usuras“ mit Hinblick auf die nachfolgenden Geſetzesworte „si tamen pignus *et in eas* obligatum fuit“ dahin verändern wollen: „Si in sortem duntaxat, *non* usuras, oder nec in usuras“ und als Grund dieſer Aenderung hinzugefügt, weil, wenn die Verpfändung blos der Zinſen wegen geſchehen wäre, der Schuldner nicht mit Wirkung auf die Zurückgabe des Pfandes würde klagen können, ſo lange das Capital nicht bezahlt ſey, ſondern dem Gläubiger dann nach der von Capitalen und nicht von Zinſen redenden l. un. C. 8, 27. eine Retention des Pfandes zuſtehen würde. *Cujacius* und nach ihm *Giphanius* [3]) erklären die lex dahin, daß ſie von sors und usuris handele, während die l. un. C. 8, 27. nur von duabus sortibus rede, und als lex singularis über ihre ausdrücklichen Grenzen nicht zu extendiren ſey, um ſo mehr, als ſie gegen den Willen des Eigenthümers der Sache und reſp. des Schuldners jura retentionis gewähre. —

1) l. l. S. 1162. num. 5.

2) *Cujacius* l. l. pag. 907. column. I. u. Lib. observ. 5. cap 28. lib. 15. cap. 22. *Pothier* in Pand. Justin. Tom. I. Lib. 13. tit. 7. N. V. not. h. S. 394.

3) *Cujacius* l. l. S. 907. u. Lib. obs. l. l. auch lib. obs. 19. cap. 26. u. in Mercatore lib. 1. cap. 26. *Giphanius* l. l. pag. 363.

Meiner Ansicht nach vermag die l. 11. §. 3. cit. der Entscheidung in l. un. C. 8, 27. im mindesten keinen Eintrag zu thun, einmal, weil sie viel älter, als diese, und darum durch diese jeden Falles modificirt worden ist [4]); sodann weil sie mehr nicht, als den Rechtssatz lehrt, daß nach Bezahlung der Pfandschuld die actio pignoratitia statt findet, d. h. das Pfand als solches und regelmäßig weiter nicht haftet [5]); was den Ausnahmsfall der l. un. C. 8, 27., der ja nur als exceptio der nach l. 11. §. 3. cit. an sich begründeten actio pignoratitia entgegentritt, gar nicht trifft [6]). Aus der Bestellung des Pfandrechtes nur für Eine der bestehenden Foderungen kann sicherlichst mehr nicht gefolgert werden, als daß das Pfandrecht nicht auch für die andere Foderung gelten solle; daß aber für diese andere auch die außerdem noch geltenden Rechte hätten versagt werden wollen, für diese Annahme ist jene Handlung der Pfandbestellung, weil sie diese Rechte gar nicht berührt, nicht concludent, und darum der Vereinigungsversuch der fraglichen Gesetze durch *Donell* gewiß nicht als gelungen anzunehmen. Der Veränderung des Textes stehen die Basilica Tom. IV. pag. 5.

> „Εἴτε ὑπὲρ μόνου τοῦ κεφαλαίου, εἴτε ὑπὲρ τῶν τόκων δοθῇ ἐνέχυρον, καὶ καταβληθῇ τὰ ὑπὲρ οὗ ἠνεχυράσθη, κινεῖται ἡ περὶ τοῦ ἐνεχύρου ἀγωγή i. e. sive in sortem duntaxat, sive in usuras pignus datum sit, eo soluto, propter quod pignus obstrictum erat, agitur pignoratitia."

entgegen und sie ist in der That auch völlig unnöthig, da die Worte des Gesetzes gar nicht schwierig erscheinen [7]). Die andere

4) Sintenis Pfandrecht §. 27. S. 244. Not. 1).

5) Weber Versuche. S. 170 eq. Schweppe a. a. O. §. 337. Not. 5.

6) *Molignatus* l. l. qu. 303. S. 276. in fin. 277. verb. „pignoratitium debitori competere — d. §. 3. *si in sortem* — sed retentioni locum esse, exceptione doli opposita adversus debitorem, actione pignoratitia pignus repetentem — d. l. un. C. — Exceptio enim actionem praesupponit antecedentem, quod et in l. 26. §. 4. D. de condict. ind. 12, 6. locum habet etc."

7) *Joh. Robert* in receptis lectionibus. Helmst. 1586. Lib. I. cap. 26 pag. 162. u. in lib. I. Animadversion. cap. 26. 27. Weber a. a. O.

Meinung des *Cujacius* und *Giphanius* iſt ganz unrichtig, da, wie wir ſehen werden, die Retentionsbefugniß aus l. un. C. 8, 27. auf die behauptete Weiſe keineswegs zu beſchränken iſt.

Die l. 4. u. 22. C. cit., welche man in doctrineller Hinſicht zu den ſchwierigſten Stellen des Codex rechnet [8]), ſollen auch das Retentionsrecht am Pfande für im Pfandrechte nicht begriffene Zinſen verbieten. In der Lehre über Pfandrecht hat man in Bezug auf beide Geſetze, die l. 4. u. 22. Cod. de usur., hinſichtlich ihrer Bedeutung auf die Frage, wie weit das beſtellte Pfandrecht für die Nebenſodeerungen der Zinſen, Koſten und Conventionalſtrafen haſte, viel geſtritten [9]); uns intereſſirt dieſer Streit hier nur inſoweit, als er die Frage berührt, ob jene Geſetze die Retentionsbefugniß am Pfande für die im Pfandrechte nicht begriffene Foderung der Capitalzinſen verbieten. *Brunnemann* behauptet, ohne Gründe anzugeben, die in l. un. C. ertheilte Retentionsbefugniß finde in dem Falle nicht ſtatt, wenn der mit keinem Pfandrechte verſehene Anſpruch nur eine natürliche Verbindlichkeit hervorbrächte. — *Donellus* [10]) erklärt die l. 4. C. gleich *Brunnemann*, hinzufügend, daß die retentio ex lege un. C. nur ſtatt finde, wenn die pecunia chirographaria vere debita ſey, ut et *peti* possit (eine Klage geſtatte), qualis sit mutua. — Weſtphal ſagt, die Befugniß des

S. 156. Glück Com. Bd. 14. S. 127 sq. Not. 70. et ibi citt. — Man vergl. hieher überhaupt noch Frih a. a. O. Heft II. S. 493.

8) Sintenis a. a. O. §. 48. S. 438.

9) Ueber dieſe Geſetze vergleiche man: *Giphanius* l. l. S. 363. *Donellus* l. l. pag. 1162. u. ad leg. 4. u. 22. C. de usur. *Brunnemann* ad leg. 4. C. de usur. 4, 32. Weſtphal Pfandrecht S. 34. Weber Verſuche S. 156 sq. u. 170. u. S. 177 sq. u. 183 sq. u. 197—202. Deſſen natürl. Verbindlichkeit §. 107. S. 507. Geſterding Pfandrecht ältere ed. S. 47—51. neueſte S. 59—62. Franke civiliſt. Abhandlungen S. 82 sq. *Malblanc* princip. jur. rom. §. 566. 3. Glück Com. Bd. 15. S. 132. Not. 73. u. Bd. 18. S. 176. Not. 10. 11. 12. Frih a. a. O. Sintenis Pfandrecht §. 48. S. 436—442. Froden zu Thibaut Syſt. §. 794.

10) Auch Geſterding a. a. O. behauptet, zur Innehaltung werde ein klagbares Recht erfodert. Sintenis a. a. O. S. 439. Not. 1.

Schuldners aus l. 4. C., das Pfand ohne Berichtigung der Zinsen rückzufodern, erkläre sich daraus, weil die exceptio pacti nue dem entgegenstände, welcher wider einen Vertrag etwas verlange. Wenn abee der Schuldner sein Pfand nach Bezahlung der Pfandschuld wieder fodere, und die versprochenen Zinsen wären noch nicht bezahlt, so verlange ee nue alsdann etwas gegen den Vertrag, wenn die Verpfändung dee Zinsen wegen mit geschehen sey. — Weber und mit ihm Glück, auch Gesterding verstehen die l. 4. C. von dem Falle, wenn ein Dritter, z. B. der nachstehende Pfandgläubiger das Pfandobject zurückverlangt, in welchem Falle auch l. un. C. das Retentionsrecht versagt. — Feanke (S. 84) lehrt, aus jenen Gesetzen erhelle, daß die Innedehaltung des Pfandes für eine Foderung, die im Pfandrechte nicht begriffen ist, vor l. un. Cod. cit. unzulässig gewesen sey. — Fritz läßt es dahin gestellt seyn, welche von den referirten Meinungen anzunehmen sey; er hält sie alle für denkbar. — Sintenis sagt: die l. 4. C. cit. sey älter als die l. un. Cod. cit., durch diese folglich in der letzten Hälfte ihres Inhaltes aufgehoben; die l. 22. Cod. cit. dagegen, die jünger sey als l. un. C. cit., sey mit l. un. C. cit. völlig einstimmig, denn sie rede von dem Innedehaltungsrechte eines Pfandes für die Zinsen, deerewegen kein Pfandrecht bestellt worden sey, und sage umschrieben Folgendes: „Wenn Pfänder für das „Capital bestellt sind, so können auch die Zinsen, welche zu fodern „keine Klage vorhanden ist, auf den Grund eines blosen Vertra„ges durch Innedehaltung erlangt werden. Da nun dies Rech„tens ist, Du Dich abee gar nicht auf den Abschluß eines solchen „Vertrags berufst, sondern nur von einer vertragsmäßigen Strafe „sprichst, so kann auch nichts weiter gefodert noch innebehalten „werden, als was Du zu fobern ein Recht hast, d. h. Capital „und Strafsumme, und Du siehst daher, daß Du von Rechts„wegen zur Herausgabe des Pfandes angehalten werdest.“ Das nee retineri quidquam amplius posse soll nach Sintenis Ansicht nicht absolut, sondern nach der ältern l. un. C. cit., d. h. hier der Sachlage gemäß nur in Bezug darauf zu verstehen seyn,

daß der Betheiligte überhaupt nichts weiter zu fodern hatte, als Capital und Straſſumme, von Zinſen aber keine Rede war, mithin nec retineri quidquam amplius posset.

Ueberblicken wir dieſe Meinungsverſchiedenheit, ſo müſſen wir beiſtimmen, wenn Weber gegen *Brunnemann* und *Donell* erinnert, Brunnemann möge für ſeine Meinung wohl keine Gründe gehabt haben, und Donell habe zu viel Gewicht auf die Erwähnung der mutua pecunia in l. un. C. cit. gelegt; das Geſetz lege gleich zu Anfang verbis: „nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, *quae sine pignore debetur*“ dem Gläubiger in möglichſt allgemeinen Ausdrücken das Innebehaltungsrecht bei, und erwähne ſpäter des mutui nur als Beiſpiel und zwar darum, weil der individuelle Fall, welcher dem Kaiſer zur Entſcheidung vorgelegen, dahin gehört haben möge. Auch haben wir noch zu entgegnen, daß ja nach §. 36. das jus retentionis auch für natürliche, nicht klagbare Obligationen zuſtand. Webers Erinnerung gegen Weſtphal iſt wiederum ſehr begründet; er ſagt: die exceptio doli generalis, von welcher die l. un. C. cit. zu verſtehen ſey, entſtehe ja bekanntlich auch aus bloſen Verträgen, und ſey um ſo mehr wohl durch l. 4. C. cit. auch nach Weſtphals Erklärung derſelben nicht für unzuſtändig zu betrachten, als die l. un. C. cit. das Retentionsrecht ſogar wegen ſolcher Schulden bewillige, die mit der Pfandſchuld in gar keiner Verbindung ſtänden; warum es alſo gleichwohl wegen der Acceſſorien des Capitals, wofür die Verpfändung geſchehen, wegfallen ſolle, laſſe ſich gar nicht abſehen. —

Richtig und gewichtig iſt allerdings, daß die l. 4. C. cit., als älteres Geſetz jeden Falles der Gültigkeit des aus l. un. C. cit. zu entlehnenden Retentionsrechtes keinen Eintrag thun kann; allein ich halte nicht einmal für nöthig, mit Franke und Sintenis zwiſchen der l. 4. C. u. l. un. C. citt. eine hiſtoriſch zu erklärende Antinomie anzunehmen; ſo wie ich auch nicht der Meinung ſeyn kann, daß, nach Webers, Glücks und Geſterdings Anſicht, in der l. 4. C. der Fall, wenn ein Dritter das Pfand zurückverlange, dem Geſetzgeber vor Augen gelegen habe,

eine Annahme, welche, wie Weber selbst zugiebt, in den Worten des Gesetzes gar keine Unterstützung findet. Meiner Ansicht nach ist unter der retentio pignoris in der ganzen lex 4. C. cit. (und nicht blos, wie Sintenis a. a. O. der Meinung ist, hinsichtlich der ersten Hälfte des Gesetzes) nur die retentio zu verstehen, welche, — wie wir oft erwähnten und durch viele Stellen des römischen Rechtes, z. B. l. 6. u. 9. D. in quib. caus. pign. 20, 2. — l. 6. pr. l. 28. pr. D. de pign. act. 13, 7. — l. 34. D. de damn. infect. 39, 2. — l. 59. pr. D. ad S. C. Treb. 36, 1. — l. 2. Cod. de praet. pign. 8, 22. — l. 15. §. 2. D. de re jud. 42, 1. die der retentio als Theil des jus pignoris gedenken (s. oben §. 4. u. 45.), belegt wird — integritender Theil des jus pignoris ist. Diese retentio pignoris *jure pignoris*, welche die erste Hälfte der l. 4. C. wegen der im Pfandvertrage nicht begriffenen Zinsen gestattet, mußte freilich in der andern Hälfte des Gesetzes wegen der im Pfandvertrage nicht begriffenen Zinsen, die erst später in erhöheter Maaße besonders bedungen worden waren, dem Pfandbesitzer versagt werden. Daß unter der in der andern Hälfte des Gesetzes versagten pignoris retentio dieselbe retentio pignoris, wovon die erste Hälfte der Kaiserlichen Entscheidung spricht, gemeint sey, ist nicht allein dem ganzen wörtlichen Fortschreiten im Zusammenhange des Gesetzes (namentlich den Verbindungsworten „Sed enim in causa, de qua agis, *haec* ratio cessat," welche andeuten, für die in der ersten Hälfte gestattete retentio pignoris spreche im Fragfalle nicht der gleiche Grund), und der Rücksicht gemäß, dieselben Gesetzesworte nicht so mehrsinnig, sondern in consequenter Einfachheit zu verstehen; sondern es wird dieses auch durch die Schlußworte der lex: „quando non convenit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur" außer Zweifel gesetzt, da diese Worte dann auch der später erhöheten Zinsen wegen die fragliche retentio pignoris gestatten wollen, wenn im spätern Vertrage bedungen worden sey, das Pfandrecht solle auch auf den Zusatz der Zinsenmehrung erstreckt werden. Man sieht, offenbar ist in der ganzen l. 4. C. von et-

was Weiterem nicht die Rede, als von der Frage, worauf das Pfandrecht ſich erſtrecke; was begreiflich eine ganz andere Frage iſt, als die in l. un. C. entſchiedene, wenn in dieſer lex geſtattet wird, neben der retentio rei pignoratae *jure pignoris* auch eine retentio ejusdem rei *jure retentionis*, unſeres eigentlichen Retentionsrechtes, auszuüben.

In der Erklärung der lex 22. C. cit. ſtimme ich mit Sintenis inſofern überein, als die Verfaſſung des Retentionsrechtes in ihr allerdings den Grund hatte, weil etwas mehr, als wofür die retentio geſtattet worden war, gar nicht zu ſodeen vorlag.

Schon *Giphanius* Not. ad l. l. verſtand die l. 4. u. 22. Cod. cit. nur von einer pfandrechtlichen Frage, nicht der Frage nach unſerem Retentionsrechte, wenn er auch nicht gleich mit zwiſchen retentio pignoris *jure pignoris* und *jure retentionis* unterſchied. Er ſagt: Quod attinet ad l. 4. C. de usuris, ea certe parum aut nihil potius ad rem facit. Nam in ea non quaeritur, an pignus propter duo debita retineri possit; sed an retineri possit propter usuras, pacto tamen promissas; et ait Imperator, retineri posse. Idemque dicitur l. 22. C. de usuris. — Sed quid si pignus non fuerit obligatum in usuras pacto promissas, sed tantum in sortem: an et hoc casu sit locus retentionis? Et rescribit Imperator in eadem l. 4. non esse locum. Differentiae ratio est haec, quia in priore casu pignus in ipsas usuras obligatum fuerit, in posteriore non item. Ita enim ait Imperator in priore: „*Cum pignora etiam usuris obstricta sint*, et in fine, *quando non convenit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur.*“

§. 71.

Fortſetzung.

Entwickelung der Befugniſſe aus dem nach l. un. C. 8, 27. zuſtehenden Retentionsrechte.

In Bezug auf das Retentionsrecht aus l. un. C. cit. hat man über Vieles noch geſtritten, was den Umfang der nach ihm

zustehenden Rechte betrifft, daher wir die Untersuchung folgender Fragen anknüpfen müssen.

a) Steht das jus retentionis qu. nur dem Faustpfandgläubiger, oder auch jedem andern Pfandgläubiger, wenn er das Pfand besitzt, zu?

Viele Rechtslehrer [1]) wollen dieses Recht nur bei dem Conventionalpfandrechte und manche nur dem Faustpfandgläubiger zugestehen. Viele andere [2]) dagegen gewähren dasselbe allen Pfandgläubigern, dem hypothecarischen, prätorischen oder judiciellen, gesetzlichen, wie dem Faustpfandgläubiger, wenn sie nur auf eine rechtmäßige Art den Besitz des Pfandobjectes erlangt haben. Ich muß diese letztere Meinung durchaus für begründet achten. Blos vom Conventionalpfandrechte mit Ausschluß des gesetzlichen und richterlichen Pfandrechtes das jus retentionis qu. verstehen zu wollen, hat gegen sich, daß ja auch diese Pfandrechte nach Annahme der Gesetze für conventionelle gelten (s. oben §. 11. Note 6 u. 7.), daher die Worte der l. un. C. cit.: „si in pos-

1) *Ant. Faber* de error. pragm. dec. 1. err. 9. *Crell* diss. de retentione hypothecae ob novum debitum non permissa. §. 3. 4. (dissertat. et programm. fascic. 9. obs. 77.) *Wiese* diss. de retentione pignoris tam ob eadem quam ob diversa. § 30. 31. *Bachov* de pign. Lib. III. cap. 5. n. 7. *Exleben* l. l. §. 201 sq. Quistorp rechtl. Bemerkungen II. 10. Faselius a. a. O. §. 21. Not. b). Seuffert Lehrb. des pract. Pandectenrechts §. 210. Schweppe a. a. O. §. 337. Glück Com. Bd. 14. S. 3. §. 851. u. S. 57. §. 866. Bd. 15. S. 130 sq. Thibaut Syst. §. 794. Mackeldey Lehrb. §. 316. nnm. 2) Puchta a. a. O. §. 122. S. 339. §. 124. S. 344. Mühlenbruch Lehrb. §. 320. u. Not. 5. ib.

2) *Gyphanius* l. l. S. 360 sq. *Cujacius* recitat. solemn. S. 906 sq. *Mühlpfort* l. l. th. 20. Not. ψ. *Koenig* l. l. §. XIV. n. 4. *Lauterbach* de tacito pignore §. 47. u. de jure ret. §. 10. 16. *Mevius* ad jus Lubec. Lib. I. tit. 5. art. 13. n. 7. 8. u. P. II. Decis. 114. n. 4. *Berlich* conclus. P. I. concl. 74. n. 40. *Berger* oecon. jur. Lib. II. tit. 5. th. 4. n. 2. Gesterding Pfandr. §. 21. Schrader in d. Tübinger krit. Zeitschr. Bd. II. S. 397. Wening Ingenheim Lehrb. II. §. 152. Fritz dazu §. II. S. 491. Meißner Lehre v. stillschw. Pfandr. §. 47. Sintenis a. a. O. §. 27. S. 243. Not. 1). Frobeu zu Thibaut Syst. §. 794. *Schotten* (Ladeking) l. l. §. 9. u. 16.

sessionis fueris constitutus" und „cujus nomine ea pignora obligaverunt" auf welche die Gegner sich beziehen, nach der Ansicht der Gesetze von allen Pfandrechten verstanden werden dürfen. Die Einwendung von Mühlenbruch, Gordians Constitution, als rein coerectorisches Gesetz, müsse strict interpretirt werden, dürfte darum wohl auch nicht stichhaltig seyn, weil es ja gerade darum sich fragt, ob die Worte dieser Constitution blos vom Conventionalpfandrechte oder Faustpfande reden. Das Wort pignus nöthigt zu der Annahme, die lex handle blos vom Faustpfande, nicht, da dasselbe bekanntlich allgemein auch für Pfandrecht in der Sprache der Gesetze vorkömmt [3]). Die Worte der lex un. C. cit. „at si in possessione fueris constitutus" beweisen im Gegentheil mehr für die diesseitige Ansicht, da sie weniger den Fall des Faustpfandes als den Fall vor Augen zu haben scheinen, wenn zu dem Pfandrechte später der Besitz des Pfandes hinzugekommen ist. Jeden Falles spricht, das Gesetz so allgemein vom Pfandbesitze, daß es die Nöthigung einer solchen Beschränkung auf Faustpfandrecht nicht in sich trägt. Der Gegengrund von Schweppe, ein so ausgedehntes Retentionsrecht würde hier noch mehr gegen den Willen des Verpfänders verstoßen, als bei dem Pfande, welches der Verpfänder selbst dem Gläubiger übergab, scheint mir nicht gewichtig, da nichts auf den Willen des Verpfänders ankommen kann, wo die Gesetze Befugnisse zutheilen. Aus solchem Grunde dürfte man ein gesetzliches Retentionsrecht gar nicht zulassen, da dieses re vera meist arg gegen den Willen des Betheiligten verstoßen wird. Nach den Gründen (s. oben §. 69.), welche die Constituirung dieses Retentionsrechtes veranlaßt haben mögen, also nach dem Geiste des Gesetzes dürfen wir die allgemein lautenden Worte der Constitution von allen Pfandrechten überhaupt verstehen, weil jene Gründe für alle Pfandrechte gleiche Bedeutung haben.

3) Frix a. a. O. u. Glück Bd. 14. S. 1 sq.

b) Kann das fragliche jus retentionis nur wegen einer Foderung aus Darlehn, oder wegen jeder andern Foderung ausgeübt werden?

Man hat dieses Recht wieder nur auf Darlehnsforderungen beschränken wollen [4]). Allein mit Recht wird dasselbe von den meisten Rechtslehrern [5]) wegen jeder gültigen Foderung für zulässig betrachtet. Die Worte der l. un. C. „quae sine pignore debetur," reden ganz allgemein, und des mutui wird nur beispielsweise, weil der Fragfall darauf geführt haben mag, erwähnt. Das Wort „pecunia" nöthigt nicht zu der Beschränkung auf Geldfodetungen, weil unter pecunia arg. leg. 5. pr. l. 178. pr. u. l. 222. D. de verb. signf. 50, 16. hier überhaupt jede Foderung verstanden werden darf. Auch belegen die Schlußworte der lex: chirographarium etiam *debitum*, daß der Kaiser im Allgemeinen jede Foderung im Auge gehabt hatte.

c) Ist für das jus retentionis qu. erforderlich, daß die Pfandschuld noch nicht getilgt sey?

Diese Frage bejahen mehrere Rechtslehrer [6]), behauptend, der Pfandgläubiger dürfe zu Gunsten seines Retentionsrechtes die offerirte Pfandschuld nicht annehmen. Man bezieht sich auf l. 11. §. 3. D. de pign. act. 13, 7. — deren Sinn und Unverbindlichkeit hier wir oben §. 70. schon kennen lernten —, und auf l. 3. Cod. de luit. pignor. 8, 31., die jedoch mehr nicht sagt, als daß nach Befriedigung alles dessen, wofür das Pfand haftet, dasselbe zurückgegeben werden müsse, was als Regel der durch

4) Frit a. a. O. S. 491 sq. referirt diese Meinung. S. oben auch die von Weber widerlegte Stelle des Donell im §. 70. Sintenis a. a. O. §. 27. S. 243. Not. 5.

5) *Lauterbach* de ret. §. 16. Gesterding a. a. O. §. 25. (ed. 1. S. 134.) Schweppe a. a. O. §. 337. Sintenis a. a. O. §. 27. S. 243. Frit a. a. O. Mühlenbruch Lehrb. §. 320. S. oben §. 70. S. auch die glossa ad leg. un. Cod. 8, 27. verb. *mutuam*. *Schotten* l. l. §. 9. num. 1. 2.

6) *Wiese* diss. cit. §. 13. *Cocceji* jus controv. Lib. XX. Tit. 1. qu. 17.

l. un. C. geſchaffenen Ausnahms-Befugniß der Retention keinen Eintrag thun kann. Auch die Worte der l. un. C. ſollen nur von dem Falle reden, wenn die Pfandſchuld *offerirt* werde, nicht auch, wenn ſie ſchon getilgt worden ſey. Allein aus folgenden Gründen ſcheint mir die Anſicht der Rechtslehrer[7]), welche das jus retentionis auch nach getilgter Pfandſchuld zulaſſen, die richtigere. Die fraglichen Worte der l. un. ſprechen nur von der Anwendung der Norm auf den Fragfall; die vorhergehenden Worte dagegen, welche die Norm enthalten, ſagen ganz allgemein, der Pfandgläubiger dürfe retiniren, bis ihm auch die chirographariſche Foderung befriedigt worden ſey, ohne Beſchränkung darauf, ob er die Pfandſchuld ſchon empfing oder nicht. (S. jedoch unten sub lit. b.) Die Gründe des §. 69. bevorworten wiederum auch dieſe Auslegung der l. un. Hierzu tritt noch, daß der Pfandgläubiger die gefällige Pfandſchuld anzunehmen gar nicht verweigern kann, ohne in moram accipiendi zu gerathen, welche arg. leg. 39. 161. D. de reg. jur. die Folge nach ſich ziehen würde, daß in rechtlicher Beziehung *hier* die Foderung für getilgt gelten müßte. Die Nichtbefriedigung einer mit der Pfandſchuld nicht zuſammenhängenden, vielleicht noch betagten (ſ. §. 39.) andern Foderung kann keinen Entſchuldigungsgrund gegen eine ſolche mora abgeben dürfen, weil beides getrennte Pflichten ſind.

d) Kann nur das Pfand, oder, wenn es veräußert wurde, der nach Befriedigung der Pfandſchuld noch gebliebene Ueberreſt des Erlöſes (die *hyperocha* arg. leg. 20. D. qui pot. in pign. 20, 4.) retinirt werden?

Da nach l. 1. D. de distractione pignor. 20, 5. — l. 7. §. 1. in fin. D. qui pot. in pign. 20, 4. u. l. 3. C. in quib. caus. pign. 8, 15. das aus dem Verkaufe des Pfandes gelöſte Geld ſowenig, als die mit dieſem Erlöſe wieder angekaufte Sa-

7) Weber natürl. Verbindlichkeit §. 108. Geſterding a. a. O. §. 21. (ed. 1. S. 134). Glück Com. Bd. 15. S. 131. u. Not. 72. ib. Sintenis a. a. O. S. 244. Fritz a. a. O. Heft II. S. 492 sq. *Erxleben* de pignoribus §. 200 sq.

che dem Pfandrechte unterworfen ist [8]), so passen auch die Worte der l. un. C. cit., welche nur von retentio *pignoris* reden, nicht auf die hyperocha und die mit dem Erlöse etwa angekaufte Sache; beide kann daher der Pfandgläubiger für eine im Pfandrechte nicht begriffene Foderung nicht retiniren. Vermag er seine Foderung zur Compensation damit zu bringen, was sich nach den Grundsätzen über Zulässigkeit der Compensation richtet, so ist dieses etwas Anderes, als die Ausübung des Retentionsrechtes [9]). S. oben §. 6 bis 9. und besonders auch §. 10. Daß dagegen, beiläufig demerkt, für die Foderung, für welche das verkaufte Pfand haftete, an dem Erlöse und der damit erkauften Sache unser eigentliches Retentionsrecht zustehe, wird darum nicht zu widersprechen seyn, weil dieser Erlös conventione pignoris mit jener Foderung in Connexion gekommen ist, das Pfandrecht aber daran nicht mehr haftet.

a) Das Retentionsrecht ex lege un. C. cit. kann nur gegen den Schuldner, und dessen Erben, nicht auch gegen Dritte ausgeübt werden.

Die lex un. sagt ausdrücklich, nachdem sie bestimmt hat, debitores audiri non oportere, nisi pro illa pecunia etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter i. e. sine pignore acceperunt: *Quod in secundo creditore locum non habet.* Nec enim necessitas *ei* imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. Bei Ausübung des jus offerendi soll demnach der secundus creditor nur die Pfandschuld, nicht aber auch die chirographarische d. h. hier im Gegensatz der Pfandschuld, jede im Pfandrechte nicht begriffene Foderung zu zahlen gehalten seyn, um das Pfand zu erlangen.

8) *Hofacker* princ. jur. civ. T. II. §. 1168. *Voet* Comm. ad pand. Lib. 20. tit. 1. §. 5. *Neostadius* Curiae Holl. decis. 16. quaest. 2. *Ant. Matthaeus* de auction. lib. 1. c. 19. num. 97. *Sande* decis. Fris. lib. 3. tit. 12. defin. 27. Glück Com. Bd. 18. S. 179.

9) Fritz a. a. O. S. 494. u. Sintenis a. a. O. S. 243. Not. 4. lassen auch die retentio nur als compensatio zu. *Schotten* (Ludekius) l. l. §. 10.

Gegen dieſen Pfandgläubiger kann folglich das jus retentionis nicht ausgeübt werden. Als Grund dieſer Entſcheidung geben die Commentatoren der l. un. ſehr richtig Folgendes an. *Cujacius* (ſ. oben §. 69. Not. 4.) hat als Grund, quia secundus creditor *ultro* primo creditori offert, quod ei ipse non debuit. Ausführlicher und ſchärfer in den Geiſt der Beſtimmung eindringend ſagt *Giphanius* (ſ. §. 69. Not. 3.): ratio differentiae haec est, quia debitor vere debet utrumque (debitum hypothecarium et chirographarium): sed secundus creditor neutrum debet: cui tamen concessum est solvere debitum hypothecarium primo creditori, atque ita pignus sibi soli confirmare. Auch *Donellus* (ſ. §. 69. Not. 5.) trifft ſcharf den Geiſt der Kaiſerlichen Entſcheidung, wenn er am Schluſſe ſeiner Commentation als Grund, warum das Retentionsrecht gegen den secundus creditor und den extraneus überhaupt nicht ausgeübt werden dürfe, hinzufügt: nulla enim *talis* (die nach §. 69. entwickelten ratio legis zu verſtehende) doli exceptio illis objici potest, *qualem* debitori objici posse diximus. Der dolus und die Billigkeit, welchen (ſiehe §. 69.) der Geſetzgeber durch das Retentionsrecht begegnen wollte, greifen offenbar gegen den secundus creditor nicht Platz, ſondern lediglich gegen den Schuldner und deſſen Erben, welche ſeine Perſon repräſentiren. Es iſt dieſes, wie mir ſcheint, ein geſetzlicher Beleg für die Richtigkeit der im §. 69. entwickelten ratio legis nn. C. cit. Schien es unbillig, den Zudringlichkeiten des Schuldners den Gläubiger ſo ungeſichert blos ſtehen zu laſſen, ſo konnte doch dieſer Billigkeitsrückſicht keine Wirkung gegen Dritte verliehen werden, welche nur zufällig zu dem Verhältniſſe hinzutraten und gegen den Gläubiger ſelbſt gar keine Haftpflichten hatten. Obſchon die l. un. nur des secundus creditor gedenkt, welcher das jus offerendi ausübt, ſo hat doch gewiß die *Glossa* ad h. leg. un. C. verb. *quod in secundo creditore* ſehr Recht, wenn ſie die Beſtimmung des Geſetzes zu Gunſten des secundus creditor auch zu Gunſten eines jeden Dritten, welcher Rechte auf Herausgabe des Pfandes verfolgt, ausdehnt, denn dieſelben Grün-

de, welche gegen den secundus creditor das jus retentionis versagen, entscheiden auch für die Versagung desselben gegen jeden Dritten. Jeder Dritte also, welcher arg. l. 12. §. 1. D. quib. mod. pign. 20, 6. — l. 19. D. qui potior. in pign. 20, 4. aus freiem Antriebe dem Gläubiger die Pfandschuld bezahlt, die er ihm nicht selbst schuldig ist; ferner der primus creditor, welcher dem secundus creditor die Pfandschuld offerirt [10]); ebenso der Bürge, welcher dem Pfandgläubiger die Schuld, wofür er sich verbürgt hat, bezahlt und die cessio pignorum begehrt [11]), ferner der Dritte, welcher seine Sache dem Gläubiger für eines Andern Schuld verpfändete, da er sie folglich nur für die Pfandschuld haften lassen wollte, selbst aber keine Haftpflicht für die Schulden des debitor der Pfandschuld, die im Pfandnexu nicht

---

10) Dieser Fall wird von unsern Quellen des R. R. kaum berührt, s. l. 5. C. qui pot. in pign. 8, 18 aber *Paulus* rec. sent. Lib. 2. tit. 13. §. 8. referirt denselben verb.: Novissimus creditor priorem oblata pecunia, qua possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit dimittere, non prohibetur quandoque ipse in pignore sit potior. S. auch *Accursius* in glossa ad leg. 1. u. 5. Cod. qui pot. in pign. 8, 18. *Cujacius* recit. solemn. l. l. pag. 906. *Giphanius* l. l. pag. 364. Hier ist gleichgültig, ob der prior creditor das jus offerendi hat, oder ob, wenn man die Worte des Paulus, „si voluerit" auf den secundus creditor bezieht, dieser offerre nur von der Gestaltung des secundus creditor abhängt; es ist genug, daß der Fall einer solchen oblatio vorkommen kann. Man vergl. hierher noch: Bopp in Roßhirts Zeitschrift S. 375 sq. Glück Com. Bd. 19. S. 352—359. Fritz a. a. O. S. 526 sq. Zimmern Zeitschrift f. Gtv. R. u. Proz. I. S. 53 sq. Linde in derf. Zeitschr. Bd. V. S. 293 sq. Bd. VI. S. 215 sq. Abh. V. Müller im Arch. f. civ. Prax. Bd. XI. S. 386. Nr. II. v. Wening Ingenheim Lehrb. §. 113. Not. k. Fuhr in d. Erlenger Jahrb. Bd. 19. S. 118 sq. Sintenis Pfandr. §. 46. S. 409—416. Schweppe a. a. O. §. 367. Mühlenbruch Lehrb. §. 324. in fin.

11) Nur mit der Einschränkung, wenn das Pfand nicht auch noch für andere Foderungen verpfändet ist, denn diese ist der Bürge auch zu bezahlen gehalten, wenn er die cessio pignorum zu begehren befugt seyn will, eine Pflicht, die ihm jedoch begreiflich nicht jure retentionis, sondern jure pignoris creditoris obliegt. l. 2. C. de fidej. 8, 41. *Brunnemann* ad leg. un. C. 8, 27. *Schotten* (Ludeking) l. l. §. 9. nom 9. §. 10.

begriffen ſind, hatte [12]); endlich auch der Käufer der verpfändeten Sache, welcher ſie vom Pfandgläubiger fodert [13]); alle dieſe Perſonen ſind nicht gehalten, daß jus retentionis wegen chirographariſcher Foderungen von Seiten des Pfandgläubigers gegen ſeinen Schuldner wider ſich gelten zu laſſen [14]). — Wenn Fritz [15]) zu behaupten ſcheint, daß der Pfandgläubigee gegen denjenigen, welcher ſeine Sache ihm für die Schuld eines Dritten verpfändete, mindeſtens hinſichtlich derjenigen Foderungen, die der Gläubiger etwa zufällig auch gegen den Verpfänder haben ſollte, das jus retentionis am Pfande ausüben dürfe, ſo kann ich ihm nicht zuſtimmen. Denn die l. un. C. cit. ſpricht nur von einem jus retentionis gegen denjenigen Verpfänder, welcher zugleich ex personali obligatione debitor der Pfandſchuld iſt; auch würde ja zwiſchen dem Pfandobjecte und jenen Foderungen mit Rückblick auf §. 69. gar keine Connexität vorhanden ſeyn, da daſſelbe nur für die Schuld des Andern, nicht aber des Verpfänders in Pfand gegeben worden war, es ſey denn, daß urſprüngliche Connexität etwa Platz griffe, welchen Falles aber das jus retentionis nicht aus l. un. C. cit., ſondern aus der einſchlagenden Kategorie der urſprünglichen Connexität herſtammen würde.

f) Steht das Retentionsrecht qu. dem Pfandgläubiger für ihm cedirte chirographariſche Foderungen zu?

Sehr richtig bemerken *Lauterbach* und *Schotten* [16]),

12) *Cujacius* u. *Giphanius* l. l. arg. l. 13. §. ult. D. locati. 19, 2.

13) S. die glossa zu l. un. C. 8, 27. verb. „quod in secundo cred.“ Fritz a. a. O. S. 491 sq. Schweppe a. a. O. §. 337. Not. 4. Bd. 2. S. 271. A. M. iſt zum Theil *Schotten* l. l. §. 9. num. 7.

14) Man vergl. überall hierher noch außer den citirten Schriftſtellern: Sintenis a. a. O. S. 244. z. 417. pr. Fritz a. a. O. auch S. 531. Glück Com. Bd. 15. S. 131 sq. Weber Verſuche S. 197 sq. §. 22. 23. Mühlenbruch Ceſſion §. 57. u. Lehrb. §. 324. u. Not. 13. Seuffert Lehrb. §. 210. Müller im Arch. f. civ. Prax. Bd. 11. S. 385 sq.

15) a. a. O. S. 494.

16) *Lauterbach* de retentione §. 18. *Schotten* (Ludeking) l. l. §. 10. num. 2. S. noch *Negusantius* tractat. de pignor. 3. membr. 5. n. 49.

daß der Pfandgläubiger wegen der ihm von einem Andern ohne Zustimmung des Schuldners erst cedirten chirographarischen Foderung gegen den Pfandschuldner das jus retentionis nicht ausüben dürfe. Denn die im §. 69. oben entwickelte exceptio doli trifft offenbar nicht den Fall, wenn der Pfandgläubiger aus eigener Entschließung, ohne Zutritt des Pfandschuldners, seine Foderungen gegen denselben mehrt, und dadurch, also ohne Zuthun des Schuldners, des letztern Lage in Bezug auf die retentio pignoris verschlimmern will. In diesem Falle trifft mehr den Pfandgläubiger, als den Schuldner ein dolus. Auch scheint mir der ganze Zusammenhang der l. un. C. cit. darauf hinzuweisen, daß sie nur den Fall im Auge habe, wenn der Pfandgläubiger, und nur dieser, neben der durch Pfandrecht versicherten pecunia auch noch eine pecunia chirographaria dem Schuldner geliehen hatte. Anders verhält es sich freilich, wenn der Pfandschuldner selbst es befördert hat, daß der Pfandgläubiger vermittelst einer Cession die chirographarische Foderung eines Dritten gegen den Schuldner an sich brachte; denn dann hat er den Werth der cedirten Foderung dem Schuldner selbst nur nachgeliehen und Alles trifft auch in diesem Falle zu, was §. 69. gesagt wurde. —

g) Hat der secundus creditor nach geübtem jus offerendi das fragliche Retentionsrecht?

Ich stimme dem Sintenis gegen Mühlenbruch[17]) zu, daß der Gläubiger, welcher durch das jus offerendi das Pfandrecht des befriedigten Pfandgläubigers sammt dem Pfandbesitze erwarb, auch wegen seiner eigenen chirographarischen Foderungen nunmehr das jus retentionis ausüben dürfe. Das jus offerendi ist ein im Pfandrechte begründetes und mit ihm verbundenes, mit diesem also auch verwilligtes Recht, daher der secundus creditor ihm nur zugewilligte Rechte ausübt, sobald er es zur Hand nimmt, anders als bei der ohne Zustimmung des

17) S. Mühlenbruch Cession §. 57. in fin. u. Sintenis Pfandr. S. 244. Not. 3.

Schuldners geſchehenen Ceſſion einer Foderung, die der Schuldner nur wider Willen ſich gefallen laſſen muß und als nur möglich nicht wohl ahnden konnte. Auch legt die l. un. C. cit., welche nur dem Pfandgläubiger gegen den secundus creditor, keinesweges aber dieſem ſelbſt wegen eigener Foderungen (wie die Schlußperiode: „Nec enim — offerre“ außer Zweifel ſetzt) das jus retentionis abſpricht, nur darauf Gewicht, daß eine Pfandſchuld beſtehe, gleichviel wie ſie entſtanden ſey.

h) Kömmt auf die Zeit der Entſtehung der chirographariſchen Foderung etwas an?

Dieſe Frage muß vemeint werden. Ob die chirographariſche Foderung ſchon exiſtirte, als die hypothekariſche entſtand, oder ob ſie mit dieſer zugleich oder erſt ſpäter exiſtent wurde, iſt völlig gleichgültig [18]), wenn ſie nur nicht erſt nach Tilgung der Pfandfoderung erwachſen iſt; denn in dieſem letztern Falle würde das jus retentionis nicht zugeſtanden werden können, weil daſſelbe zu ſeinem Daſeyn nach l. un. C. unwiderleglich die Exiſtenz einer Pfandfoderung vorausſetzt, wenn es auch nach ihren allgemein lautenden Worten im übrigen unweſentlich iſt, zu welcher Zeit die chirographariſche Foderung entſtand [19]).

i) Wirkt ein ungültiges Pfandrecht das jus retentionis qu.?

Dieſe Frage muß vemeint werden, weil, wie geſagt, das jus retentionis ex lege un. C. cit. ein bisher wirklich vorhandenes Pfandrecht vorausſetzt, und ohne ein ſolches unſer Retentionsrecht gar nicht in das Leben gerufen wird [20]). Ueber

18) Sintenis a. a. O. §. 27. S. 244. Not. 1).

19) *Lauterbach*, de ret. §. 17. n. 3. *Faber* de error. pragm. dec. 1. err. 9. S. auch oben §. 44. princip. col. §. 42. sub lit. a).

20) *Giphanius* l. l. S. 354. columna 1ma in fin. *Ant. Faber* in Cod. Lib. 8 tit. 15. def. 5. *Carpzov* P. II. c. 25. def. 26. *Brunnemann* ad leg. 5. Cod. 8, 15. Weber natürliche Verbindlichkeit §. 106. num. 5. S. 501. *Faber* de erroribus pragmat. decad. 1. err. 9.

k) die Meinung, daß wegen solcher Foderungen, für welche schon ein Pfandrecht an einer andern Sache bestellt sey, unser jus retentionis nicht statt finde, wenn das Pfand an der andern Sache jene Foderungen decke, daß dagegen das jus ret. auch hier statt finde, sobald das Pfand ungenügend sey,

welche Sintenis im Widerspruch mit *Schotten*[21]) aufstellt, urtheile ich auf folgende Weise.

Die l. un. C. cit. beschränkt ihr jus ret. ausdrücklich nur auf chirographarische Foderungen, auf pecunia quae *sine pignore* debetur. Auch fallen alle Billigkeitsrücksichten, welche das jus ret. qu. hervorriefen, weg, sobald für ein debitum ein Pfandrecht bestellt wurde. Hat nun aber dieses Pfand die Pfandfoderung nicht völlig befriedigt; blieb vielmehr nach dessen Versilberung ein von ihm nicht gedeckter Theil der Foderung übrig, so ist dieser Rest eine chirographarische Foderung geworden, und hinsichtlich dieser gilt dann wieder alles, was hinsichtlich jeder andern chirographarischen Foderung gilt, also auch das jus ret. qu., wenn der Gläubiger noch ein Pfand, was für eine andere Foderung bestellt war, in Händen hat. Ehe jene Versilberung geschehen ist, kann jedoch mit Sicherheit nicht angenommen werden, daß das bezügliche Pfand die Foderung nicht decke, und früher kann auch kein Theil der Foderung den Rechten nach für chirographarisch gelten; es folgt daher, daß wegen einer Pfandfoderung vor Lösung des für sie bestellten Pfandrechtes, wenn auch ihre Größe den Werth des Pfandes anscheinlich noch so sehr übertreffen sollte, das jus ret. ex leg. un. C. cit. nicht zusteht. Insoseen daher Sintenis das jus ret. schon früher, sobald nur der Minderwerth des Pfandes zu erkennen sey, für zuständig achtet, kann ich ihm nicht zustimmen.

l) Rechte des Afterpfandgläubigers und die Frage nach dem Veräußerungs- und Compensations-Rechte des ex l. un. C. cit. retinirenden Pfandgläubigers.

Als besonderer Erwähnung bedürftig ist kaum anzusehen,

21) Sintenis Pfandrecht S. 243 sq. *Schotten* (Ludeking) l. l. §. 9. num 3. welcher sagt, auch wegen eines debiti non chirographarii finde unser jus ret. ex l. un. C. cit. statt.

daß auch der Afterpfandgläubiger gegen seinen Afterverpfänder dieselben Retentionsrechte habe, welche dieser gegen seinen Schuldner hat, da zwischen jenen beiden bekanntlich dieselben Rechtsverhältnisse Platz greifen, welche zwischen dem Pfandgläubiger und Pfandschuldner überhaupt bestehen; ebenso ist es nur Folge der aus dem Retentionsrechte überhaupt zustehenden Befugnisse, daß der Pfandgläubiger die retenta res wegen seiner chirographarischen Foderungen nicht verkaufen und aus ihr diese nicht befriedigen dürfe. (S. unten §. 75.) Hat der Pfandgläubiger wegen seiner Pfandfoderung das ihm zustehende Veräußerungsrecht geübt, so kann ihm caeteris paribus die Compensation aller seiner Foderungen, auch der chirographarischen, mit dem Erlöse aus dem Pfandobjecte nicht gewehrt werden (s. oben lit. d.); aber er übt dann nur nicht das jus retentionis, sondern compensationis aus, und hat auch nicht jure retentionis, sondern jure pignoris das Pfand veräußert.

m) Aenderung durch Vertrag.

Daß durch Vertrag ausgemacht werden könne, das Retentionsrecht ex lege un. C. cit. solle der Pfandgläubiger nicht haben, er solle vielmehr das Pfand sofort nach Bezahlung der Pfandschuld ohne Rücksicht auf seine chirographarischen Ansprüche herausgeben, ist nicht zu bestreiten. Allein ob eine solche Vertragsbestimmung allein schon in der conventio enthalten sey, nach Bezahlung der Pfandschuld solle das Pfand zurückgegeben werden, dieses [22]) möchte ich darum nicht behaupten, weil eben jeder Pfandvertrag diese Bestimmung begreift, dieselbe folglich von dem Regelzustande verstanden werden kann, dem unsere exceptio retentionis ex lege un. C. cit. eben als Ausnahme entgegentritt. Jene Vereinbarung scheint mir darum, solange ihr nicht noch andere unterstützende Momente zur Seite stehen, nicht schlüssig genug, um aus ihr eine vertragsmäßige Ausschließung dieser

22) Dieses behaupten *Faber* in Cod. Lib. 8. tit. XV. def. 3. u. de error. pragmaticorum decad. 1. error. 9. u. *Lauterbach* de ret. §. 17.

Retentionsbefugniß zu folgern; dieſe Ausſchließung wäre ſonſt ohne weiteres in jedem Vertrage enthalten, welcher ein Pfandrecht conſtituirt. Daß ausdrücklich erwähnt wurde, was ſich anſonſt ſchon von ſelbſt verſtanden hätte, iſt nicht auslangendes Motiv zu jenem Schluſſe, da ſolche expreſſe Stipulirungen als unnöthig geweſene Wiederholungen nach der Sorglichkeitscautel, expressa non nocent, ſehr häufig in den Contracten ſich finden, welche Juriſten, geſchweige welche Nichtjuriſten fertigten. Hiergegen kann der Rechtsſatz: expressa nocent, expressa non nocent [23]), nicht angezogen werden, da er nicht allgemeine und unbedingte, ſondern nur unter Umſtänden (wie z. B. in l. 52. D. 35, 1.) eintretende Gültigkeit hat [24]), und überhaupt nicht zu der Folgerung befugt, daß aus ihm Verzichte auf Rechte abzuleiten ſeyen, wenn das Ausdrückliche noch einer andern Deutung fähig iſt. Iſt freilich, während größere Foderungen beſtehen, contrahirt worden, „wenn eine geringere beſtimmte Summe bezahlt worden ſey, dann ſolle das Pfand zurückgegeben werden," ſo iſt an der Schlüſſigkeit des Vertrages auf den Verzicht der übrigen Beträge nicht zu zweifeln [25]). Allein auch ein ſolcher Vertrag ſchadet dem Retentionsrechte am Pfande für die nach ihm erſt entſtandenen chirographariſchen Foderungen nicht, weil ſich nicht annehmen läßt, der Pfandgläubiger habe ein Rechtsmittel, was ihm damals noch gar nicht zuſtand, und ihm für künftige etwaige Foderungen dereinſt vielleicht erſt gebühren werde, aufgeben wollen [26]).

---

23) l. 52. D. de cond. et dem. 35, 1. — l. 195. D. de reg. jur. 50, 17.

24) l. 77. de reg. jur. l. 77. in fin. D. de cond. et dem. l. 132. D. de V. O. 45, 1. u. Dionys. Gothofred. ad leg. 52. D. 35, 1. verb. „*nocent* scilicet retions expressi occurrit aliqua ratio vitiandi actus" u. ad leg. 195. D. de reg. jur. verb.: „*expressa* interdum magis prosunt, quem tacita."

25) *Faber* l. l. def. 3. *Koenig* l. l. §. XIV. num. 4.

26) *Faber* l. l. l. 5. u. 9. D. de transact. *Koenig* l. l.

n) Hat der Rückverkäufer bei dem pacto de retro vendendo das fragliche Retentionsrecht?

Ant. Faber[27]) bejahet dieſe Frage, weil was vom Pfandbeſitzer gelte, noch mehr vom Eigenthümer gelten müſſe, der ja größere Rechte als jener an der Sache habe. Ich kann dieſer Meinung nicht beitreten, da die l. un. C. cit. lediglich vom Pfandgläubiger ſpricht, als lex singularis, und nach den Grundſätzen, die ich §. 50. entwickelte, über ihren Inhalt nicht auszudehnen iſt, und endlich hinſichtlich des Rückverkäufers alle die Rückſichten nicht ſprechen, welche nach §. 69. für den Pfandgläubiger in die Schranken treten. —

Die Frage, welche Faber in Cod. Lib. 8. tit. 15. def. 2. noch berührt, ob das *jus retentionis qu.* auch gegen Pfandgläubiger geltend gemacht werden könne, deren Pfandrecht an der fraglichen Sache jünger iſt, als das *jus quaesitum* auf das Retentionsrecht, beantwortet ſich nach der Antwort auf die Frage, welche Wirkungen das Retentionsrecht überhaupt beſſeen Rechten gegenüber äußere, daher ich dieſelbe hier übergehe; ſie wird im nächſten Abſchnitte §. 78. 79. ihre Erledigung mitfinden. — Aus ähnlichen Gründen hätte ich auch die verwandte Unterſuchung unter c) bis auf den nächſten Abſchnitt verſpäten können, wo von den Wirkungen des Retentionsrechtes gegen dritte Perſonen die Rede ſeyn wird; ich habe ſie jedoch darum hier ſpeciell behandeln zu müſſen geglaubt, weil ſie an ſinguläre Verhältniſſe des hier beſprochenen Retentionsrechtes und an expreſſe Worte der Conſtitution mehr als an allgemeine Grundſätze angeknüpft werden mußte, welche jedoch das Reſultat dieſer Unterſuchung ebenfalls belegen, und vice versa in ſeinen geſetzlichen Stützen ſelbſt nur mehrere Beſtätigung finden.

---

27) *Faber* l. l. def. 4 auch *Koenig* l. l. §. XIV. num. 5. auf Faber ſich berufend.

§. 72.

f) Das vertragsmäßige Retentionsrecht.

Wir erwähnten früher schon, daß und warum dieses Retentionsrecht unter Kategorie IV. gehöre und daß dasselbe in lege 30. D. de pignor. act. 7, 13. einen gesetzlichen Beleg besitze. (S. oben §. 45. 46.). Auch haben wir das Verhältniß dieses Retentionsrechtes zum gesetzlichen oben §. 47. schon entwickelt; es war desselben hier nur der Vollständigkeit des Registers der wesentlichen Fälle dieser Kategorie halber noch zu gedenken.

Abſchnitt V.

Von den Wirkungen des Retentionsrechtes.

§. 73.

Die Zwecke ſind: Anregung des Schuldners zur Befriedigung der Foderung, und Sicherung derſelben.

Deutliche Geſetzesworte und die geſetzlich geregelten Folgen des Retentionsrechtes bezeichnen als diejenigen Wirkungen dieſes Rechtes, welche mit demſelben zu Gunſten der Foderung erſtrebt werden: vor allem Anregung des Schuldners zur Zahlung, überhaupt zur Erfüllung ſeiner Pflicht für Befriedigung der Foderung, und ſodann Sicherung der letztern. In lege 26. §. 4. D. de condict. indeb. 12, 6. heißt es ausdrücklich (ſ. oben §. 68.):

„Ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.“

ferner in l. un. C. etiam ob chirogr. pecun. 8, 27. (ſ. oben §. 69.):

„nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, — eam (possessionem fundi) restituere propter exceptionem doli mali non cogeris“ und „debitores — audiri non oportere, nisi pro illa (pecunia) etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt.“

in lege 5. pr. D. de impens. in res dot. 25, 1.:

„manebit igitur maritus in rerum detentationem, donec ei satisfiat.“

in lege 36. in f. D. ad S. C. Treb. 36, 1.:

„heres — *non alias cogetur* (hereditatem fideicommisserio) *restituere, quam ei caventur;*“

in lege 23. §. 8. D. de aedilit. edicto. 21, 1.

„Quare sive emptori servus furtum fecerit, sive alii cuilibet, ob quod furtum emptor aliquid praestiterit, *non aliter hominem venditori restituere jubetur, quam si indemnem eum praestiterit;*“

in lege 29. D. eod.:

„Si quid tamen damni sensit, vel si quid pro servo impendit, consequetur arbitrio judicis: sic tamen, non ut ei borum nomine venditor condemnetur, ut ait Julianus; sed *ne alias compellatur hominem venditori restituere, quam si eum indemnem praestet.*“

in l. 13. pr. D. de usufr. 7, 1.:

„si cujus rei ususfructus legatus sit, *non prius dandam actionem usufructuario, quam satisdederit,* se boni viri arbitratu usurum fruiturum.“

in l. 24. C. de evict. 8, 45.:

„cum in ipso limine contractus immineat evictio, emtorem, *si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non compelli,* juris auctoritate monstratur.“

in l. 55. D. sol. matrim. 24, 3. (s. oben §. 66. lit. b) verb.: „*cavere debet marito — si velit eam* (dotem) *recipere.*“

in l. 2. princ. D. de lege Rhod. 14, 2. verb.:

„Servius quidem respondit, ex locato agere cum magistro navis debere, *ut caeterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent.*“

in l. 65. pr. D. de rei vind. 6, 1. verb.:

„exceptione doli posita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam — recuperaverit.“

in l. 15. §. 2. D. de furtis 47, 2. verb.:

„Ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem ejus habueris: — *quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit.*“

in l. 5. D. de dote praeleg. 33, 4. verb.:

„*aliud pignoris nomine retineri dotem* ob ea, quae mulierem invicem praestare aequum est.“

in l. 2. u. 11. C. de postlim. revers. 8, 51. (ſ. oben §. 58. lit. l.) verb.:

„ab hostibus redempti, quoad exolvatur pretium, *magis in causam pignoris constituti* — videntur.“ und „proinde si ab hostibus redemptam, post dissolutum *veluti naturalis pignoris vinculum* habere in matrimonium coepisti.“

„Si liberum captum te ab hostibus commercio redemit Sabinus, et *cum vinculum pignoris superstitem* remisisse tibi probetur: etc.“

in l. 43. §. 3. D. de legat. I. 30. verb.:

Qui ab hostibus redemptus est, legari sibi poterit: et proficiet legatum ad liberationem *vinculi pignoris, quod in eo habuit*, qui redemit.“

in l. 20. §. 1. D. qui testam. 28, 1. verb.:

„*potestatis* autem verbum — referendum est — etiam ad eum, quem redemit ab hostibus; quamvis placeat, hunc servum non esse, *sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat.*“

in l. 15. D. de captivis. 49, 15. verb.:

„si patre redempto — filius post mortem ejus redemptionis quantitatem offerat, dicendum est, suum ei posse existere; nisi forte quis subtilius dicat, hunc dum moritur, *quasi jure pignoris finito*, nactum postliminium, et sine obligatione debiti obisse etc.“

Alle dieſe Stellen, die ſich mehr noch häufen ließen, beiegen es entſchieden, daß der Hauptzweck bei dem Retentionsrecht die Wirkung ſeyn ſoll, den Schuldner zur Befriedigung der Forde-

rung des Gläubigers anzuregen, ihm ein Impelle zu geben, vorerst zu erfüllen, ehe er Erfüllung begehre. Die zweite Wirkung der Retention, welche sie dem Pfandrechte ähnlich macht, (s. oben §. 11. u. das. Not. 3.), die Sicherung der Foderung, stellen die Gesetze doch mehr, als jene der Zahlungsanregung, in den Hintergrund; sie bezeichnen dieselbe mit dem Beisatze „loco, quasi, nomine, veluti naturalis, vinculo quodam etc.“ zu pignus. Dieser Beisatz soll und kann offenbar nicht blos die Negation bedeuten, daß das jus retentionis mit dem pignus nicht völlig identisch sey; er drückt vielmehr zugleich noch den Sinn aus, daß die Sicherung der Foderung nicht die völlige, welche das pignus gewähre, sondern auch nur eine Quasi-Sicherheit bilde. Wir werden bald ausführlicher besprechen, daß das Retentionsrecht das Recht nicht gewähre, aus der Sache seldst sich Befriedigung zu nehmen, wie dieses das Pfandrecht gestattet; ferner, daß das Retentionsrecht, da es nicht ein dingliches Recht auf die Sache erzeugt (s. oben §. 16.), nicht hindern kann, daß andere Personen bessere Rechte auf die Sache erlangen, welche die durch die Retention gegebene Sicherheit zernichten. Wie soll nun das Retentionsrecht hauptsächlich eine Sicherstellung der Foderung verfolgen? Diesem Rechte, welches für den Zweck der Sicherung der Foderung so wenig leistet (s. oben §. 15.), muß demnach als Hauptzweck ein anderes Ziel gesteckt seyn; und dieses Ziel ist nun aber nach den Gesetzen nur dasjenige, welches ich als Ersten Zweck der Retention nannte, nämlich die Anregung des Schuldners zur Zahlung. Daß dem Schuldner der Besitz einer begehrten Sache entzogen bleibt, dieses soll ihm zur Erfüllung seiner Pflichten vermögen. Insofern nun diese Kraft der Nöthigung die Aussicht auf Befriedigung der Foderung vermehrt, insofern läßt sich in dem Mittel zu derselben, dem Retentionsrechte, allerdings auch ein Sicherungsmittel für Befriedigung erblicken, welches das Retentionsrecht auch noch durch den Besitz der Sache wird, indem dieser es erleichtert, die Sache für künftige Execution in dieselbe sich aufzusparen. Allein immer erscheinen diese Wirkungen für Sicherung der Foderung nur als

aus dem unmittelbaren Hauptzwecke der Anregung zur Zahlung erst abgeleitete Folgen. Im Allgemeinen ist zu sagen: die von dem Retentionsrechte zu hoffende Sicherstellung der Foderung kann nicht weiter gehen und mehr nicht leisten, als was für solche Zwecke die bloße Inhabung einer fremden Sache zu leisten vermag. In diesem Sinne sind auch nur zu nehmen die Ausdrücke „impensas nullo alio modo, quam per retentionem servare" in l. 33. D. de cond. ind. 12, 6. „per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet" in l. 27. §. 5. D. rei vind. 6, 1. „non alias sumtus consequi posse, quam possideat — scilicet opposita doli mali exceptione" in l. 14. D. de dol. mal. exc. 44, 4. „per doli mali exceptionem servare sumtus" in l. 11. C. de rei vind. 3, 32. (man sehe noch l. 48. D. eod. 6, 1.) „defendi potest per exceptionem doli mali, ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse poterit" in l. 9. pr. und §. 1. D. d. a. r. d. 41, 1. Siehe auch l. 1. pr. D. 20, 6. u. a. m. Wenn man in dem oben §. 1. schon erwähnten Satze der l. 25. D. de regul. juris 50, 17.: „Plus cautionis in re est, quam in persona" einen Haupterklärungsgrund des Retentionsrechtes erblickt hat, so kann ich demnach ihn nur nicht in dem Sinne verstehen, worin ihn *Schmid* und Andere [1]) nehmen, daß nämlich die unmittelbare Sicherstellung der

1) *Schmidius* l. l. §. 1. 6. 18 sq. 41. *Heisler* l. l. §. 3. 14. u. 31. Faselius a. a. O. §. 7. 8. Ueber die hier besprochenen Wirkungen des Retentionsrechtes vergleiche man überall noch: *Richter* de ret. th. XVIII. num. 2. *Wunderlich* l. l. §. 2. *Ranft* l. l. §. 2. 3. 7. 8. 11. *Schnorr* l. l. §. 3. u. 15. *Boehmer* de ret. §. 1. u. 16. *Ludovici* l. l. §. II. *Lauterbach* l. l. §. 1. 2. *Mevius* P. II. decis. 214. not. 2. Glück Comm. Bd. 15. S. 115. 116. Faselius §. 5. 25. 26. *Koenig* (Reusner) l. l. §. 30. *Meusell* l. l. th. 39. *Muhlpfort.* (Strauch) th. 24. 25. Als Zwecke nennt man noch: Vermeidung eines weitaussehenden, kostspieligen, gefährlichen Prozesses, also Verbesserung der Lage des Gläubigers u. dgl. mehr, die jedoch alle schon in den genannten Zwecken der Anregung zur Zahlung und Sicherung derselben mit begriffen sind. v. Tigerström die bonae fidei possessio oder Recht des Besitzes. Berlin 1836. sagt S. 20. in den Noten num. 3): „Das Retentionsrecht, ähnlich der Compensation, hat seinen Grund eigentlich nur darin, den Prozeß abzukürzen." Mein Text ergiebt, was von

Foderung durch die Sache des Retentionsrechtes Ziel sey, welche Sicherung eine so gewichtige Wirkung desselben bilde, daß nach ihr selbst dessen Statthaftigkeit und der Umfang der Befugnisse bei demselben sich bemesse. (S. oben §. 5. und 31.). Die Ausführungen im §. 5. und 31. und die noch folgenden Entwickelungen liefern mannichfache Belege, wie wichtig es für viele Verhältnisse des Retentionsrechtes ist, nicht die Sicherung der Foderung, sondern die Anregung des Schuldners zur Zahlung, als ersten und hauptsächlichsten Zweck unseres Rechtes anzuerkennen.

§. 74.

Die Wirkungen des Retentionsrechtes, welche Folgen der Zwecke desselben sind.

Hat eine gewisse Absicht eine Wirkung erzielt, so sind zugleich in diesem Ziele dem Umfange der erreichten Befugnisse Schranken gesetzt, welche sich von selbst als Folgen der beabsichtigten Wirkung anbieten. Wie wir dieses meinen, soll uns sogleich das Beispiel unseres Retentionsrechtes verdeutlichen. Der Hauptzweck, den das Retentionsrecht mit der Vorenthaltung der Sache verfolgt, ist, wie wir sahen: Anregung des Schuldners zur Befriedigung der Foderung des Retinenten; und der hieraus folgende nächste Zweck: diejenige Sicherung der Foderung, welche in der Inhabung einer Sache des Schuldners liegt. Sprächen auch die Gesetze von seinen weitern Wirkungen etwas Mehreres nicht aus, so würden wir allein nur aus diesen Zwecken schon seine Wirkungen bestimmen können, wie wir aus ihnen z. B. folgern können und müssen, daß Verwendung, Gebrauch der Sache für den Zweck, aus der Sache selbst sich Befriedigung der Foderung zu nehmen, also Nutzungs- und Veräußerungsrechte an der Sache, des Retentionsrechtes Wirkung nicht seyn können, daß vielmehr dieses Recht nur das Recht, die Sache zu detiniren, gewähre, zugleich aber auch für den Detinenten die Pflichten erzeugen müsse, wel-

dieser Meinung zu halten sey. Das jus ret. setzt ja einen Prozeß gar nicht nothwendig voraus.

che mit der Detention einer fremden Sache verbunden ſind. Wir ſprechen von Allem dieſen ſogleich ausführlicher. Als Grundlage für die folgenden Unterſuchungen müſſen wir demnach feſt im Auge behalten, welche Wirkungen unſeres Rechtes den Zwecken entſprechen, die wir im §. 73. mit dem jus retentionis verfolgt erblickten. Haben wir auch nicht für jede einzelne Wirkung ein ſpecielles ausdrücklich redendes Geſetz, ſo kann es uns doch nicht an dem Maaßſtabe fehlen, über die Frage einer Wirkung des Retentionsrechtes zu entſcheiden. Die oben in der Einleitung §. II. i. E. über conſequente Ausbildung der Grundſätze des Retentionsrechtes gemachte Bemerkung beſtätigt ſich hier auf überzeugende Weiſe. Denn bei keinem der Rechte hat ſich die geſetzliche Ausbildung ſeiner Wirkungen reiner und conſequenter in den Schranken ſeiner Zwecke erhalten, als bei dem Retentionsrechte. Wir wollen jetzt die hier in Frage kommenden Wirkungen einzeln durchgehen, und das Zweifelhafte bei ihnen näher in das Licht zu ziehen verſuchen.

§. 75.

Das Retentionsrecht wirkt nur Inhabung, nicht Benutzung und Veräußerung der Sache.

Oben in den §§. 19 bis 22. und 73. 74. entwickelten wir, daß des Retentionsrechtes erſtes Bedürfniß nur Inhabung der Sache ſey, die es möglich mache, den Retentionsgegner von der willkührlichen Einwirkung auf die Sache auszuſchließen. Wir zeigten, daß das Mittel, zur Befriedigung der Foderung zu gelangen, nur darin geſucht werde, dem Gegner die ihm gehörige Sache vorzuenthalten, um ihn durch das Entbehren derſelben anzutreiben, durch Erfüllung ſeiner Pflichten ſie auszulöſen. Die Folge davon iſt, daß ſich die Befugniſſe aus dem Retentionsrechte zu Gunſten der Befriedigung der Foderung auch nur in dem Kreiſe dieſer zeitigen Vorenthaltung bewegen dürfen, wodurch von ſelbſt ausgeſchloſſen ſind: das Recht zur Benutzung und Verwaltung, Umgeſtaltung, Verpfändung, das Recht zur Veräußerung, das Recht zur Aneignung der

Sache, um sich dadurch etwa mittelst Compensation oder wie mittelst *datio in solutum* für seine Foderung bezahlt zu machen. Die Gesetze (s. z. B. die §. 73. citirten) bestätigen dieses durch die Ausdrücke: „*retinebitur donec* — solvatur, manebit *in rerum detentationem donec* — satisfiat, merces *retineat donec* — praestent" auf das Bestimmteste [1]). Die Rechtslehrer (s. Not. 1.) nehmen freilich von diesen Grundsätzen das sogenannte jus retentionis qualificatum aus, weil dieses solche Befugnisse allerdings gewähre; allein wir zeigten oben §. 52., daß es ein qualificirtes Retentionsrecht gar nicht giebt, daß vielmehr die von der Doctrin dahin gerechneten Fälle ganz andern Rechtsinstituten angehören, und alle mit ihnen verbundenen, dem sogenannten einfachen Retentionsrechte nicht zukommenden, Befugnisse nicht Folgen des Retentionsrechtes, sondern der andern fraglichen Rechte sind.

Hat man [2]) dem Retinenten das Recht des Frucht- überhaupt des Sach-Genusses arg. l. 58. §. 3. D. ad S. C. Treb. 36, 1. — l. 77. pr. D. de legat. II. 31. l. 16. D. de liberat. leg. 34, 3. gewähren wollen, so ist man darum mit Unrecht freigebig gewesen, weil diese Gesetzesstellen von Fällen reden, wo dem retentor Rechte auf solche Perception aus andern Rechtsfundamenten (ihm durch Erbschaft, Legat zugefallenen Eigenthumsbefugnissen) als dem Retentionsrechte zustanden. Inwiefern das jus retentionis voluntarium hier Ausnahmen macht, siehe oben §. 47.

1) Man vergleiche hieher: *Brokes* select. observat. obs. 263. Die *glossa* zu l. un. C. etiam ob chirogr. pec. 8, 27. *Schmidius* l. l. §. 41. *Ranft* l. l. §. 11. u. a. verb.: „vis igitur et potestas, quae juri retentionis insita est, jure possessionis terminatur." Dabelow Handbuch des heutigen röm. Rechts. B. 1. §. 364. Glück Com. Bd. 15. S. 122. *Boehmer* l. l. §. 15. 17. 18. *Hessler* l. l. §. 3. u. 8. Faselius d. o. §. 13. num. 1. col. §. 5 25. 26. *Lauterbach* l. l. §. 25. n. 7. *Mevius* P. III. dec. 255. *Brunnemann* ad leg. 25. D. sol. matrim. 24, 3. num. 8. 9. *Wernher* P. II. obs. 480. princ.

2) *Richter* de ret. th. 18. in fin. *Carpzov.* dec. 66. n. 21. *Ant. Faber* in Cod. L. 2. tit. 30. def. 2. n. 6.

§. 76.

Pflichten des Retinenten in Bezug auf die Sache.

Soll nun aber die Sache, wie ſie iſt, eben detinirt, d. i. in dem Zuſtande forterhalten werden, in welchem ſie ſich zur Zeit des Beginnes der retentio (ſ. oben §. 25.) befindet, ſo iſt hiermit von ſelbſt wieder die Pflicht für den Retinenten begründet, alles dasjenige in Bezug auf die von ihm zu leiſtende detentio zu thun, was nöthig iſt, um die Sache in dem erwähnten Zuſtande zu conſerviren. Was er vielleicht an dieſem Zuſtande veränderte, reſp. verſchuldete, ehe der Retentionsbeſitz begann (ſ. oben §. 25.), dieſes gehört begreiflich nicht ſeinen Pflichten als Retinent, ſondern denen Pflichten an, welche er zu Folge ſeines vorhergegangenen Verhältniſſes zur Sache auf ſich hatte, die ſich alſo nicht nach den Grundſätzen über Retentionsrecht, ſondern nur nach den Grundſätzen jener Rechtsverhältniſſe bemeſſen. Fragt man nun nach den Pflichten des Retinenten in Bezug auf die Sache, ſo haben wir zunächſt zu unterſuchen:

a) Für welchen Grad der Culpa haftet der Retinent? und hat derſelbe auch für den Zufall einzuſtehen?

Da nach der Natur des Verhältniſſes des Retinenten Thätigkeit in Bezug auf die Sache in etwas Weiterem regelmäßig nicht beſteht, als in der Detention und darin liegenden Verwahrung der Sache, ſo bietet es ſich hierdurch von ſelbſt an, daß der Retinent diligentiam in custodiendo zu präſtiren habe; und da er nur ſeinen Vortheil mit der Retention verfolgt, der Retentionsgegner aber von ihr gar keinen Vortheil hat, ſo iſt wieder die weitere rechtliche Folge, daß der Retinent nach den Grundſätzen über praestatio culpae in custodiendo den höchſten Fleiß, alſo culpam in abstracto bis an den casus d. i. dolus, culpa lata und levis ohne Entſchuldigung mit diligentia quam suis zu präſtiren habe. Der Retinent befindet ſich in der That hinſichtlich der custodia ganz in gleicher Lage, wie der Fauſtpfandgläubiger; dieſer wie jener haben die Pflicht der Aufbewahrung

und Conservirung der Sache, und es kann in dieser Beziehung nur ganz gleich gelten, ob diese Aufbewahrung auf den Grund pfand- oder retentionsrechtlicher Befugnisse erfolge, und ob sie dazu führe, durch Nutzung und Veräußerung der Sache aus dieser die Befriedigung der Foderung zu nehmen, oder ob die Sache dereinst nach dem Ende der Zeit der Custodirung an den Eigenthümer zurückgegeben werden müsse. Es ist demnach hier ein Fall, wo nach den Grundsätzen der §§. 11—13. ein Schluß von dem Pfandrechte auf Retentionsrecht zulässig ist. Da nun der Pfandgläubiger in custodiendo pignore für culpa und diligentia omnis, für dolus und culpa in abstracto einstehen muß, so ist es nicht zu bestreiten, daß der Retinent ganz nach denselben Grundsätzen gemessen werden müsse [1]). Dagegen hat nach gleichen Grundsätzen der Retinent, weil der Pfandgläubiger den Zufall nicht trägt, und weil, wer jure einer fremden Sache sich anmaaßt, überall den casus interitus oder deteriorationis nicht zu tragen schuldig ist, wenn er ihn nicht vertragsmäßig übernimmt, für den Zufall, welcher die res retenta vernichtet oder nur beschädigt, nicht einzustehen, sobald er sich nur dabei nicht einer culpa in custodiendo, ohne welche der schädliche Zufall

1) Man vergleiche hieher: *Steinhauserus* l. l. §. 41. *Koenig* l. l. §. XVII. num. 3. *Molignatus* l. l. qu. 408. *Colerus* de proc. exec. p. 1. cap. 2. num. 224. 233. *Schmidius* l. l. §. 41. (welcher sagt: Ipsa res enim exigere potest, ut in ea retinenda omne id, quod ad officium boni patrisfamilias pertinet, ea, qua par est, diligentia expediat). *Lauterbach* l. l. §. 31. num. 2. Glück Com. Bd. 4. §. 320. S. 316 sq. u. §. 222. Bd. 14. S. 68. 69 sq. 73. Haffe die Culpa des römischen Rechts. §. 95. S. 495. col. S. 492. num. 3. u. S. 498. Not. 3ter Grad. vergl. mit §. 76. 77. 88. 89. v. Wening Ingenheim Lehrb. II. §. 96. in fin. §. 97. sec. fin. §. 98 Schweppe a. a. O. §. 337. cl. §. 137 a. u. 139. Mühlenbruch Lehrb. §. 351. u. 353. Thibaut Syst. §. 799. u. 165. l. 13. §. 1. l. 14. D. de pign. act. 13, 7. — l. 5. 7. C. eod. 4, 24. — l. 19. C. de pign. 8, 14. — l. 23. D. de reg. jur. 50, 17. — l. 34. D. de damn. inf. 30, 2. — l. 9. §. 5. D. de reb. auct. jud. possid. 42, 5. — l. 25. D. de pign. act. 13, 7. — l. 22. §. 4. D. eod. §. 4. Inst. quib. mod. re contr. obl. 3, 15. — l. 59. §. 1. D. mand. 17, 1. cl. 4. C. de O. et A. 4, 10.

hätte vermieden werden können, hat zu Schulden kommen laſſen [2]). Dieſe Grundſätze finden vorzüglich in zwei Stellen des römiſchen Rechtes die ausdrücklichſte Beſtätigung, nämlich in lege 30. D. de pign. act. 13, 7. welche ihren Worten nach unmittelbar ſelbſt vom bloſen Retentionsrechte handelt und alſo lautet:

„Qui ratiario crediderat, cum ad diem non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit; postea flumen crevit, et ratem abstulit: si invito ratiario retinuisset, ejus periculo ratem fuisse, respondit; sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim majorem.“

Dieſe Stelle, von der ich oben §. 45. u. 72. in gewichtiger Beziehung ſchon ſprach, belegt es, daß omnis culpa vom Retinenten [3]) zu präſtiren, der casus aber von ihm nicht zu tragen ſey [4]). Die zweite Stelle iſt die l. 34. D. de damn. inf. 39, 2. vom Pfandrechte handelnd; ſie lautet:

„Utique si pro praeterita pensione satisfacere paratus fuit, alioquin justa retentio pignoris domino fieri videretur. Sed etsi quasi pignora retinuerit, et ea interierint ruina vicinarum aedium: potest dici etiam pignoratitia actione locatorem teneri, si poterat eas res in locum tutiorem transferre.“

Aus dieſem Geſetze erſieht man, daß der Pfandgläubiger nur dann für den ſchädlichen Zufall einſteht, wenn er den ſchädlichen

2) Man vergl. Haſſe a. a. O. S. 495. Glück Com. Bd. 14. §. 868. S. 83 sq. u. Bd. 4. §. 327. S. 388—395. Thibaut Syſt. §. 188. 478. 479. u. 794. v. Wening Ingenheim Lehrb. III. §. 15. u. 98. in fin. Mackeldey Lehrb. §. 406. Schweppe a. a. O. §. 141.

3) weil bekanntlich unter culpa ſchlechtweg, omnis culpa (dolus, c. lata u. levis) zu verſtehen iſt. Schweppe a. a. O. §. 137. col. 135. u. 133. in fin. Thibaut Syſt. §. 164. cf. §. 161. v. Wening Ingenheim III. §. 95. Haſſe Culpa §. 11. 93.

4) Daß in d. l. 30. D. 13, 7. unter periculum nur der casus zu verſtehen ſey, ſiehe Haſſe a. a. O. S. 495. Not. a).

Erfolg deſſelben durch ſorgſameres Verhalten vermeiden konnte. Mit beiden Geſetzen iſt die Haftpflicht des ſeine Befugniſſe nicht überſchreitenden Retinenten für dolus, culpa und casus vollſtändig genau bezeichnet. Hat nun aber der Retinent ſeine Befugniſſe in Bezug auf die Sache überſchritten (ſ. §. 75. u. 76. lit. b.), ſo haftet er dem Pfandgläubiger gleich auch für den zufälligen Schaden [5]).

b) Hat der Retinent eine Pflicht zur Verwaltung der res retenta?

Regelmäßig hat der Retinent ſo wenig die Pflicht als die Befugniß zur Adminiſtration der res retenta; allein ausnahmsweiſe iſt er dann allerdings dazu gehalten, wenn die ihm obliegende Pflicht zur custodia rei anders nicht erfüllt werden kann. Die custodia rei beſteht nämlich nicht blos in der einfachen Bewachung der Sache, daß ſie nicht entkomme, ſondern auch in der Leiſtung, welche verhüthet, daß die Sache nicht zu Grunde geht oder wenigſtens ihren urſprünglichen Werth verliert. Sehr richtig ſagt *Lauterbach* colleg. th. pract. Lib. 13. tit. 6. §. 37. „Custodia nihil est aliud, quam opera, quae rei asservandae impenditur [6])." Erfodert nun dieſer Schutz der Sache eine Adminiſtration derſelben, ſo ſteht dieſe dem Retinenten nicht allein zu, ſondern er iſt ſogar dazu verbunden. In Folge deſſen darf und muß der Retinent alles Nöthige mit der Sache vornehmen, z. B. von ihr fallende Früchte erziehen, abnehmen und verwahren, die zur Erhaltung der Sache nothwendigen Impenſen auf ſie machen, iſt es eine res sese movens, derſelben Nahrung geben; ja er darf nicht blos, ſondern muß ſogar die Sache, wenn ſie eine ſich verzehrende, eine verbrauchbare iſt, die ſich custodiendo nicht erhalten läßt, verkaufen; er muß überhaupt alles thun, wodurch Schaden von der Sache abgewendet wird.

5) Mackeldey a. a. O. Not. c. nächer §. 6. Inst. 4, 1. — l. 11. §. 1. D. 20, 1. u. l. 8. D. 20, 2. citirt.

6) S. noch Glück Com. Bd. 9. S. 252 sq. Not. 10. auch Bd. 4. S. 332 sq. Not. 26. Haſſe Culpa. §. 76. S. 374. Schweppe röm. Pr. R. §. 137. S. 287.

Da er aus der Sache ſich nicht Befriedigung nehmen darf (wenn ihm nicht der nothwendige Verkauf derſelben die Compenſation möglich macht, welchen Falles er dann aber immer nicht jure retentionis, ſondern compensationis ſich befriedigt), ſo iſt die Folge ſolcher Adminiſtrationshandlungen, daß er dereinſt dem Retentionsgegner darüber durch Rechnungslegung, Herausgabe der erzogenen Früchte, oder ſonſt Rechenſchaft geben muß [7]). Wenn Schweppe [8]) zu dem Rechte der Veräußerung der Sache, falls deren längere Aufbewahrung wegen zunehmender Verſchlechterung oder wegen der ſich mehrenden Unterhaltungskoſten nicht thunlich bleibt, eine vorherige Geſtattung von Seiten der Obrigkeit erfodert, ſo kann ich ein ſolches Erforderniß nicht für begründet achten, da Handlungen ſolchen Inhaltes dem Retinenten in ſeiner Pflicht der diligentia in custodiendo ſchon zukommen. Nach l. 5. §. 22. D. ut in poss. legator. etc. servandorum causa. 36, 4. — l. 27. D. de reb. auctor. jud. poss. 42, 5. u. l. 20. §. 2. Cod. de agric. et cens. 11, 47. iſt nicht zu bezweifeln, daß der Beſitzer einer Sache, welcher custodiam zu präſtiren hat, ſchon ohne Weiteres diejenigen Sachen, die ſich ohne Schaden nicht aufheben laſſen, veräußern und den Erlös ſtatt ihrer ruſtodiren darf. Die l. 5. §. 22. D. cit. iſt überhaupt über die geſchilderten Befugniſſe der custodia ſo ausführlich, daß ſie als einer der ſprechendſten Belege hier gelten kann. Will der Retinent, um ſich zu ſichern, die Veräußerung richterlicher Autorität unterſtellen, ſo iſt dieſes von ihm nur zur eigenen Deckung vorſichtig gehandelt, nicht aber nothwendig. — Verbunden iſt der Retinent nicht, die Handlungen der Verwaltung ſelbſt zu thun; er kann die Verwaltung, wenn es mit der Mög-

7) M. vergl. *Mevius* P. I. decis. 172. P. III. 255. P. IV. 88. *Wernher* P. II. obs. 480. *Colerus* l. l. num. 232. 233. *Carpzov* P. II. C. 25. def. 14. *Lauterbach* l. l. §. 31. *Boehmer* l. l. §. 18. *Schmidius* l. l. §. 41. *Schnorr* §. 15. Faſelius a. a. O. §. 32. *Brunnemann* ad leg. 25. D. sol. matrim. 24, 3. n. 8. 9. 11—13. Glück Com. Bd. 15. S. 121. in fin. S. 122. *Koenig* l. l. §. XVII. n. 2.

8) Schweppe röm. Priv. R. §. 183 d. sec. fin.

lichkeit der Ausübung des Retentionsrechtes sich verträgt, auch Andeen überlassen, die dann für ihn detiniren [9]).

Im Allgemeinen steht jedoch zu bemerken, daß der Retinent, wenn er die Verwaltung der Sache führt, sey es nun, daß er sie aus der Pflicht der Custodia, oder vielleicht in Folge vorheriger Gestattung von Seiten des Retentionsgegners übernommen hat, in seiner Thätigkeit als Verwalter ein Geschäft zu dem Retentionsrechte hinzubringt, welches, obschon vielleicht nothwendig damit verbunden, und durch dasselbe hervorgerufen, doch nicht zu dem Umfange der Retentionsbefugnisse selbst gehört, sondern neben ihm ein selbstständiges negotium, als negotiorum gestio oder mandatum etc. bildet [10]), und darum hinsichtlich der dabei in Frage kommenden Rechte und Pflichten nach den hierüber geltenden Grundsätzen zu bemessen ist. Die auch aufgeworfene Frage [11]), ob der Retinent, wenn er verwaltet, die Steueen und sonstigen Abgaben von der Sache zu tragen habe, entscheidet sich demnach auch nur nach den Grundsätzen und etwa ausdebungenen Bestimmungen desjenigen negotii, welches der Retinent, als Administrator übernommen hat, nicht nach retentionsrechtlichen Principien. —

c) In die Lehre über Retentionsrecht gehört es nicht eigentlich, zu bemerken, daß derjenige, welcher ohne Recht dazu eine fremde Sache retinirt, wideerechtlich eine Retentionsbefugniß sich anmaaßt, seinem Gegner vollständigste Entschädigung zu leisten verbunden ist [12]). Denn diese Pflicht und deren Umfang bemißt sich nicht nach den besondern Grundsätzen über jus retentionis, son-

---

9) *Boehmer* l. l. §. 18. *Brunnemann* l. l. *Wernher* l. l. *Schnorr* §. 15. Faselius §. 32.

10) *Lauterbach* l. l. §. 31. Faselius §. 32. *Carpzov.* l. l. def. 13. 14. 19. *Koenig* (Reusner) l. l. §. XVII. num. 3.

11) *Lauterbach* l. l. §. 31. in fin. *Carpzov* l. l. def. 27. *Koenig* l. l. §. XVII. num. (4).

12) *Boehmer* de ret. §. 14. *Schmidius* l. l. §. 23. col. §. 9. mod. *J. H. Boehmer* de act. sect. II. cap. 8. §. 107. Faselius a. o. O. §. 21. in fin. u. Not. d). l. 34. Cod. de loc. cond. l. 10. C. unde vi.

dern nach den allgemeinen über die Haftpflicht aus widerrechtlichen Handlungen, aus Verletzungen der Rechte eines Andern.

Die oft auch in praxi zur Sprache kommende Frage, ob der Retinent für die custodia rei retentae eine Vergütung, z. B. Lagergeld zu fodern befugt ſey, entſcheidet ſich auch nicht eigentlich aus eigenthümlichen Grundſätzen des Retentionsrechtes, ſondern wird darnach zu bemeſſen ſeyn, inwiefern man etwa als negotiorum gestor für ſeine negotia Vergütung zu verlangen hat, und ob man, wenn man gegen den Willen des Andern nur zum eigenen Vortheile Laſten übernimmt, für dieſe eine Entſchädigung anzuſprechen berechtigt iſt. Wo blos die letztere Rückſicht in Mitte tritt, wird der Anſpruch der Vergütung, höchſtens der für impensae necessariae ausgenommen, nicht ſtatthaft ſeyn.

§. 77.

Das Recht der Retention wirkt kein jus praelationis, und nicht gegen Dritte, ſondern nur gegen den Retentionsgegner und deſſen Erben, daher ſtärkere Rechte eines Dritten an der Sache das Retentionsrecht beſiegen.

Ein Geſetz, welches dem Retinenten irgend ein jus praelationis vor andern Gläubigern zutheilte, exiſtirt nicht; der bloſe Detinent einer Sache hat wohl die Vortheile, welche die possessio naturalis als ſolche gewährt, aber ein jus praelationis vor andern Gläubigern im Conflict mit denſelben hat er nicht. Es iſt daher nur die ſehr richtige Folge der im §. 19—22. 73. 74. 75. und der im §. 16. entwickelten Grundſätze, nach denen das Retentionsrecht kein dingliches ſondern nur ein perſönliches Recht iſt, wenn man [1]) dem Retinenten jedes jus praelationis abſpricht und anerkennt, daß Jeder außer dem Retentionsgegner und dem, welcher für deſſen Handlungen haftpflichtig iſt, ſobald er ſtärkere Rechte an der Sache hat, als die nuda detentio rei

1) S. *Boehmer* de ret. §. 17. *Struv.* exercit. 20. th. 25. *Carpzov* dec 66 *Lauterbach* l. l. §. 25. num. 10. 11. *Kanne* de compens. et retent. in concursu etc. §. 5.

zu gewähren vermag, dem Retinenten die res retenta abzufoderen berechtigt ist. Um diese letztere Folge gehörig zu begründen, müssen wir vorher bestimmen, gegen wen das Retentionsrecht als solches wirkt.

Es ist ganz den im §. 15. 19. 23. 28. 29. u. 35. vorgetragenen Grundsätzen gemäß, daß das Retentionsrecht als solches nur gegen denjenigen in Wirkung tritt, den wir oben §. 35. den Retentionsgegner nannten, und welcher der *alter* ist, wenn wir im §. 28. sagten, es gehöre zum Retentionsrechte eine res *alteri* debita. Das Retentionsrecht wirkt also als Retentionsrecht nur gegen denjenigen, welchem die Sache gehört, die retinirt wird, sey es nun, daß dieser der Schuldner der Foderung qu. selbst ist, oder ein Anderer, der für diese Foderung seine Sache in retentionem gab. Daß ferner das Retentionsrecht auch in gleicher Bedeutung gegen die Erben des Retentionsgegners wirkt, ist die einfache Folge des Grundsatzes, daß der Erbe seines Erblassers Person repräsentirt, dessen facta vertreten muß, und in dessen Pflichten succedirt [2]). Gegen jeden Andern, als den Retentionsgegner und dessen Erben ist die Rückhaltung des Besitzes der Sache nicht jus retentionis, sondern lediglich Besitzvertheidigung. Derjenige, dem die Sache nicht gehört, streitet mit dem retentor nicht qua retentor, sondern qua possessor, und zwischen ihnen wird nur entscheiden, wessen Rechte auf den Besitz die bessern sind, keineswegs aber ein dem Retentionsrechte als solchem angehöriger Grundsatz. Gegen einen solchen Dritten kann man sich begreiflich nicht darauf beziehen, man habe eine Foderung, für die man retinire; eine solche Erwiderung würde ja eine unverbindliche exceptio ex jure tertii seyn, da der Dritte (der Dritte im Sinne des §. 35., nicht des §. 29.) für die fragliche Foderung und ihre Folgen nicht zu haften hat [3]). Es ergiebt sich hieraus, daß die Rückhaltung ei-

2) S. oben §. 29. med.

3) v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 169. Sintenis Pfandrecht. §. 5. S. 26. Fritz zu v. Wening Ingenheim a. a. O. Heft 2. S. 495. princ.

ner Sache, die einem solchen Dritten gehört, als Retention *jure retentionis* nicht rechtsgültig bestehen kann. Kann der Dritte, der also weder der Schuldner der Foderung, für die retinirt werden will, ist, noch für diese Foderung ein Retentionsrecht an der Sache bestellte, etwa sein Eigenthum, oder irgend ein dingliches Recht auf die Sache nachweisen, während der Retinent, daß der Dritte dem Retentionsgegner ihn auch dem Retinenten gegenüber noch verbindende Rechte auf die Sache eingeräumt habe (s. oben §. 29.), nicht für sich anzuführen vermag, so muß die res retenta an den Dritten herausgegeben werden. Man übersehe dabei aber nicht, daß derjenige, welcher jure cesso, also nicht als Vindicant aus eigenem erlangten Rechte, sondern aus dem Rechte des Retentionsgegners auf Herausgabe der res retenta klagt (was z. B. der Cessionar des Verkäufers im Falle der l. 24. Cod. de evict. 8, 45. thun würde, wenn er jure cesso auf Bezahlung des Kaufpretii klagen sollte), nicht als Dritter, sondern selbst als Schuldner erscheint, da der Cessionar im Klageverhältnisse nur des Cedenten Stelle einnimmt und darum alle Einreden gegen den Cedenten auch gegen sich gelten lassen muß [4]). Diesem Cessionar steht allerdings die exceptio retentionis als solche entgegen. Aus l. un. C. etiam ob chirogr. 8, 27. verb.: „Quod in secundo creditore locum non habet bis offerre" kann hier kein Einwand gemacht werden, weil der secundus creditor hier der cessionarius des primus creditor und nicht des debitor ist, gegen den der primus, der Cedent des secundus, das jus retentionis hatte. Der secundus erscheint ja folglich hier nicht als Stellvertreter des Retentionsrechtpflichtigen debitor, sondern als Stellvertreter des primus creditor, daher gegen ihn, **als solchen**, aus der Cession kein Grund entnommen werden könnte zu Einreden aus der Person des debitor, der im Verhältniß zu ihm nur debitor cessus ist.

4) Franke im Arch. f. civ. Prax. Bd. 16. S. 426 sq. S. 431 sq. Mühlenbruch Cession S. 589. Not. 131 a. S. 590. Not. 133 a. u. §. 60.

§. 78.

Gewährt das Retentionsrecht dann bessere Rechte gegen den Vindicanten der Sache, wenn es ältee ist, als das auch von dem ursprünglichen Retentionsgegnee herstammende dingliche Recht desselben auf die Sache?

Zue Beantwortung dieser Frage haben wie uns durch die Grundsätze des voeigen Paeageaphen den Weg gebahnt. Mehrere Rechtslehrer, u. a. Faber, Fasselius und Sintenis[1]) haben dieselbe bejahen zu müssen geglaubt. Fasselius führt als Grund an, weil der Eigenthümee dee Sache, als ee nach schon in das Leben getretenem Retentionsrechte des Retinenten, einem Andern Rechte an deeselben bestellte, mehr Rechte auf diesen nicht habe übertragen können, als er selbst noch besessen habe; nur dann will er, mit Bezug auf Leyser[2]), dem spätern Erwerber der Sache das Retentionsrecht besiegende Rechte zutheilen, wenn dieser die Sache sub hasta erkauft habe. *Faber* schließt folgendee Maaßen: „es sey Regel, daß unter den Gläubigern die Ordnung der Zeit der Entstehung der Foderung entscheide (arg. l. 12. §. 3. l. 20. D. qui pot. in pign. 20, 4. l. 2. u. 4. C. eod. 8, 18.) damit der Schuldnee, dem es gleich gelte, zu welcher Zeit ee Schuldner gewoeden sey, die Lage des Gläubigers nicht verschlimmern könne (arg. leg. 3. D. de separ. 42, 6.); wenn daher dee primus creditor später, als der secundus, dem Schuldner noch Geld geliehen habe, so könne sein Retentionsrecht ex lege un. C. 8, 27. ihm gegen den secundus, sobald diese Pfandeechte an der Sache besitze, nicht schützen. Andees sey es, wenn dee secundus creditor kein Pfandrecht habe; in diesem Falle wirke das Retentionsrecht auch

1) *Ant. Faber* in Cod. Lib. 8. tit. 15. def. 2. *Koenig* (Reusner) l. l. §. XIII. num. (3). §. 29. num. (8). *Molignatus* l. l. qu. 347. u. 407. *Menochius* recup possess. remed. 11. n. 15. *Schotten* (Ludekius) l. l. §. 29. num. 2. Fasselius Retentr. §. 27. Sintenis Pfandrecht §. 5. S. 24. 25.

2) *Leyser* spec. 236. med. 3.

gegen den secundus, obschon das chirographarische Geld vom primus creditor erst nach der Entstehung der Foderung des secundus dem Schuldner geliehen worden sey, denn der primus hätte (ähnlich wie in dem Falle der l. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. 20, 6.) der Meinung seyn können, eine Pfandbestellung auch für das spätere Darlehn sey nicht nöthig, weil er durch das frühere Pfandrecht hinlänglich gesichert sey, indem er durch dasselbe auch für das spätere Darlehn das Retentionsrecht erlangt gehabt habe. Allem diesen sey es nun aber auch consequent, daß der secundus creditor, welcher ein Pfandrecht erst nach diesem schon bestandenen Retentionsrechte des primus creditor erworben habe, mit diesem Pfandrechte dennoch der ältern chirographarischen Foderung des primus creditor nicht vorgehen könne, weil der secundus ebenso wenig das frühere Recht des primus verletzen könne, als dieses der primus hinsichtlich seines erst nach dem secundus hingegebenen Darlehnes gegen den secundus gekonnt habe." Sintenis sucht seine Meinung also zu begründen: „Wenn der Verpfänder zur Zeit der Entstehung des Pfandrechts das Retentionsrecht schon gegen sich würde haben gelten lassen müssen, so müsse es auch der Pfandgläubiger respectiren, und dieser jüngere Pfandgläubiger könne sein Recht mit der hypothecarischen Klage wider den ältern Inhaber nicht durchsetzen; es könnte sonst jeder Schuldner das Innebehaltungsrecht seines Gläubigers durch Collusion mit einem aufzustellenden Pfandgläubiger vernichten." *Koenig*, *Molignatus*, *Menochius* und *Schotten* stützen ihre Meinung auf l. 61. pr. D. locat. 19, 2. — l. 12. D. de vi et vi arm. 43, 16. — l. 53. §. 4. D. de furt. 47, 2. — l. 20. D. de a. v. a. p. 41, 2. u. l. 25. §. 4. D. sol. matrim. 24, 3.

Andere Rechtslehrer verneinen unsere Frage und geben unbedingt demjenigen, welcher dingliche Rechte an der Sache besitzt, ohne Unterschied, ob sie früher oder später, als das Retentionsrecht, entstanden sind, stärkere, das Retentionsrecht besiegende, Befugnisse [3]). Weber a. a. O. nimmt nur den Fall

3) S. die in §. 76. Not. 12. citirten Rechtslehrer, und noch: v. We-

aus, wenn der Inhaber der Sache auf dieſelbe Koſten verwendet habe, weil der Vindicant ſich nicht mit dem Schaden des Inhabers bereicheen dürfe [4]).

Nach meiner Ueberzeugung halten die Gründe der bejahenden Meinung nicht Stich. Was vorerſt die von *Schotten*, *Koenig*, *Molignatus* und *Menochius* citirten Geſetze anlangt, ſo geht aus ihnen das Vermeinte nicht hervor. Ihren Worten nach ſpricht kein einziges Geſetz von dem Retentionsrechte gegen den successor singularis; ſondern ſämmtliche reden expresso verbo blos von Rechten gegen den urſprünglichen dominus. Denn nur im Verhältniß zum dominus reden l. 12. D. 43, 16. und l. 20. D. 41, 2. ganz allgemein von einer justa causa non reddendi, welche die possessio nicht aufhebe und ſo ſtöre, daß der dominus das poſſeſſoriſche Interdict anzuſtellen berechtigt ſey. Gegen den *dominus* Interdict ſoll die justa causa ſchützen. Die Rechte des Dritten ſind dabei nicht weiter von den Geſetzen erörtert worden. Die übrigen leges aber reden lediglich von einem jus retentionis gegen den dominus. Den Grund des Faſelius anlangend, ſo ſteht vorerſt zu bedenken, daß der Grundſatz in l. 54. D. de reg. jur. 50, 17. nur auf den successor universalis, nicht singularis geht, welchen die Handlungen ſeines Autors in Beziehung auf die Sache nicht verbinden, ſolange ſie nicht die objective Qualität der Sache bedingen, und darum deren dingliche Natur modificiren [5]). Daß nur auf perſönliche Rechte ſich ſtützende Verhältniſſe zur Sache auch

ning Ingenheim Lehrb. I. §. 169. *G. L. Boehmer* de ret. §. 20. 21. *J. H. Boehmer* doctrina de actionibus. Sect. II. Cap. 8. §. 99. *Schmidius* l. l. §. 42. num. 3). Weber Verſuche S. 195. §. 21.

4) Dem Weber gleich urtheilen: Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden §. 491. n. 15. Mühlenbruch Lehrb. §. 319. num 4). Hieher iſt eigentlich auch wohl *Menoch* l. l. n. 15. u. *Molignatus* l. l. qu. 347. u. 407. zu zählen, wie aus ihren Citaten der l. 53. §. 4. D. de furt. 47, 2. u. l. 20. D. d. a. v. a. p. 41, 2. zu entnehmen iſt.

5) *Jacob Gothofredus* Commentar. in Tit. Dig. de divers. regulis juris ad leg. 54. pag. 242 seq. Glück Com. Bd. 18. S. 18 sq. u. Bd. 4. S. 301. Höpfner Commentar §. 743.

den durch ſpätere Verleihungen entſtandenen dinglichen Rechten auf dieſelbe weichen müſſen, wird ſchlagend belegt durch den Rechtsgrundſatz „Kauf bricht Miethe[6]),“ nach welchem analog (arg. l. 32. D. loc. cond. 19, 2. — l. 120. §. 2. D. de legat. I. 30. l. 59. §. 1. D. de usufr. 7, 1.) jeder successor singularis, (er ſey Käufer, Legatar, Donatar oder auch nur Usufructuar), dem der Eigenthümer ſpäter nach Conſtituirung des perſönlichen Rechts ein dingliches Recht auf die Sache einräumte, an das perſönliche Recht eines Andern zur Sache nicht gebunden iſt. Dieſer Grundſatz iſt nicht ein, nur dieſen Verhältniſſen eigenthümlicher, ſondern die Anwendung des allgemeinen Rechtsſatzes, daß ein jus in rem, als das ſtärkere, im Falle der Colliſion dem juri in personam vorgeht[7]). Nehmen wir ferner in Rückſicht, daß ſelbſt ein pactum de non alienando den Beſitzer der Sache gegen die Vindication Desjenigen nicht ſchützt, welcher das Eigenthum der Sache von demjenigen erwarb, der, nicht zu veräußern, dem Beſitzer pacto ſich verpflichtet, aber dennoch veräußert hatte[8]), ſo haben wir zwei Beiſpiele, aus denen einleuchtend erſcheint, daß das perſönliche Rechte gegen wenn auch neuere dingliche den Beſitz der Sache zu ſchützen nicht vermögen. Dieſe Beiſpiele ſind für unſere Frage um ſo kräftiger, als ſie aus Verhältniſſen entnommen ſind, in denen des Gegners Einwilligung das perſönliche Recht conſtituirte, was bei dem Retentionsrechte nur ſehr ſelten der Fall ſeyn wird, da das geſetzliche bei Weitem häufiger vorkömmt, als das teſtamentariſche und vertragsmäßige, das geſetzliche aber gegen den Willen des Gegners ausgeübt wird. (S. oben §. 11. Not. 8.) Der

6) Glück Com. Bd. 18. S. 11—19. l. 25. §. 1. D. loc. cond. 19, 2. — l. 9. Cod. eod. 4, 65. Mühlenbruch Lehrb. §. 415. Not. 7. col. §. 270. I. in fin. und Deſſen Ceſſion. §. 27.

7) Weber Beiträge zu d. Lehre von Klagen u. Einreden. 2tes u. 3tes Stück. S. 98 seq. Weſtphal Lehre vom Kauf ꝛc. §. 1028. 1033. Glück Com. Bd. 2. S. 548.

8) Mühlenbruch a. a. O. (ſ. Not. 6). Thibaut Syſt. §. 730. C. Mackeldey Lehrb. §. 185. Lauk in d. Zeitſchr. f. Civ.R. u. Proz. Bd. 5. S. 13 sq. §. 5.

Eigenthümer hat an dem Umfange seines dinglichen Rechts auf die Sache nicht das mindeste durch das Retentionsrecht verloren, da das Retentionsrecht die objective Qualität der Sache nicht bedingt, und als persönliches Recht eben nur solange wirken kann, als dasselbe gegen den persönlich Verpflichteten die Richtung behält; in jeder andern Richtung überschreitet es die Sphäre der persönlichen Obligation und darum die Gränzen des Gebiets, worin einem persönlichen Rechte Wirkung nur möglich ist. Die Constituirung blos persönlicher Rechte gegen die Sache bindet also den Eigenthümer nicht, später seiner dinglichen Befugnisse sich an der Sache zu entäußern, und sie auf einen Andern titulo singulari zu übertragen. Kein Gesetz und ebensowenig die Natur des Verhältnisses nun verleihen dem Zustande des Retentionsrechts die Kraft eines bindenden Veräußerungsverbotes. Vermag demnach selbst eine durch ausdrücklichen Vertrag constituirte obligatio de non alienando, solange ihr nicht dingliche Schutzmittel beigegeben wurden, das Veräußerungsrecht nicht zu entziehen, wie viel weniger kann ein bloßes Retentionsrecht solche Wirkungen ansprechen wollen. Aus welchem Rechtsgrunde sollen sie abfließen? Ist die contrahirte Verpachtpflicht etwa unverbindlicher gegen den Verpachter, als die Pflicht des Retentionsgegners gegen den Retinenten? und warum soll sie es seyn? Ich kenne keine befriedigende Antwort auf die letztere Frage. Man vergleiche hieher Thibaut Syst. §. 673.

Der Grund von Seiten Sintenis, „es könne sonst jeder das Innebehaltungsrecht durch Collusion vernichten," scheint mir völlig unhaltbar. Es fällt in die Augen, daß er kein juridischer, rechtlich fundirter, sondern nur ein politischer ist, der im Gebiete der Untersuchung, was gesetzlich sey, gar nichts bedeutet, höchstens, wenn es sich de lege ferenda handelt, in Rücksicht kommen könnte. Sollte er rechtliches Gewicht haben, so müßte er auch dem Grundsatze „Kauf bricht Miethe" entgegentreten, denn auch hier könnten ähnliche Collusionen den Miethvertrag vor der Zeit zu Ende führen helfen. Die Gefahr ist aber in der That auch so groß gar nicht. Ist das Geschäft ein Scheingeschäft, so

iſt es als ſolches unkräftig, und ob es ein ſolches ſey, muß doch der Beweis der legitimatio ad causam activa, den der Vindicant zu führen hat, und gegen den der Retinent als possessor ſeinen Gegenbeweis zu führen haben wird, zu Tage fördern. Wird das Verhältniß als kein Scheingeſchäft erwieſen, ſo iſt de jure auch jene Gefahr der Colluſion nicht anzunehmen, und eine ſolche dem Verdachte gegenüber, es habe der Schein nur nicht aufgedeckt werden können, nicht größer, als die Gefahr überhaupt, in lite die materielle Wahrheit nicht an das Licht zu ziehen. Wie viele Gelegenheiten und Möglichkeiten giebt es nicht im Rechtsleben, durch Scheingeſchäfte zu colludiren; ſollten deshalb alle Rechte zum Unrecht werden, wobei Scheingeſchäfte Gelegenheit erhalten, ſo würden wir vieles Recht zum Unrecht umſtempeln müſſen. Die Pflicht der Beweisführung iſt überall der einzige Schutz, der auch hier mit ſeiner Kraft nicht fehlen wird. Man könnte ähnlich ferner entgegnen, durch die von mir vertheidigte Lehre ſey es ja jedem Retentionsgegner leicht, den Werth der res retenta durch deren Veräußerung ſich zu verſchaffen und auf dieſe Weiſe den Retinenten ſofort um ſein Retentionsrecht zu bringen. Hiergegen gilt jedoch zu erwägen: auch dieſer Grund iſt kein rechtlich fundirter Gegengrund, ſondern nur ein Grund, aus dem höchſtens hervorgeht, daß das jus retentionis eben kein zuverläſſiges, ſondern ein fallirendes Mittel, zur Befriedigung zu gelangen, iſt; iſt es eben rechtlich ſo beſchaffen, ſo wird dieſer Moment ſeiner Unzuverläſſigkeit nicht Argument werden können, daſſelbe als zuverläſſiger conditionirt anzunehmen. Hat ein Gläubiger ſich mit einem ſtärkeren Rechte nicht verſehrn, vertraut er dieſem Mittel, ohne zu andern ſicherern, Klagerhebung u. dgl. zu greifen, ſo muß er es hinnehmen, wenn ihm das gewählte Mittel entwunden wird, gerade wie der Pachter es immer zu gefährden hat, daß Verkauf ſeinen Pacht vernichte. Sodann iſt aber auch hier wieder die Gefahr ſo groß und das Gegenmittel dem Retentionsgegner ſo ſehr leicht nicht, denn es werden ſicher die ſeltenſten Fälle ſeyn, in denen ein ſolcher Gegner, nur um des Andern Retention zu vernichten, ſeines Eigenthumes ſich

ganz entschlagen, oder dasselbe in eines Andern Macht so hingeben will, daß er auch hier wieder dessen Vorenthaltung zu gefährden hätte. Es giebt übrigens der remedia noch mehrere, die auch nicht zuverlässiger sind, z. B. derjenige Arrestbeschlag, der auch Realrechte nicht wirkt, und nach gemeinen Rechten nirgends in den Gesetzen mit der Kraft ausgestattet ist, ein Veräußerungsverbot gegen den Impetraten zu involviren[9]), wenn es wie bei

9) Danz summar. Proz. §. 106. u. 107. Glück Com. Bd. 6. S. 335. 336. *Wernher* P. VII. obs. 204. *Mevius* de arrestis c. 9. n. 25. Linde Lehrb. des Proz. §. 349. Not. 12. u. §. 353. Not. 7. Martin Lehrb. des Proz. ed. 11. §. 241. Not. f. u. §. 242. in fin. *Leyser* spec. 475. med. 9. Es meint zwar Kori summar. Proz. §. 96. und *Mevius* de arrestis cap. XV. num 52—54. ein Arrestbeschlag vom Richter involvire immer ein praeceptum de non alienando. Allein ich muß in dieser Beziehung der gegentheiligen Ansicht von *Brunnemann* ad leg. 26. D. de contr. emt. 18, 1. n. *Colerus* de process. exsecut. p. 2. c. 3. num. 463—481. *Berlich* concl. p. 1. concl. 74. num. 154—156 *Carpzov* p. 1. const. 29. def. 4. num. 1. 2. *de jure communi* beitreten, da das Mandat, wenn es dem Eigenthümer Veräußerung nicht ausdrücklich verbietet, sondern wie gewöhnlich nur gegen den dritten Besitzer der Sache wider deren Weggabe von dessen Seite gerichtet ist, zu einem praecepto de non alienando nicht schlüssig genug erscheint, sobald besondere Gesetze ihm diese Bedeutung nicht beilegen. Dasselbe gilt auch von der gerichtlichen Beschlagnahme der Sachen, die nur deren Entkommen verhindern und deren factische Detention sicheen soll. Bayer in der Theorie der summarischen Proceße. München 1330. sagt §. 28. auch, der Realarrest wirke kein Pfand- oder Vorzugsrecht, weshalb der Impetrant auch den Pfandgläubigern weichen müsse; indessen — fügt er hinzu — könne der Impetrant gegen jede Disposition des Impetraten über die mit Arrest belegten Sachen protestiren, insofern dadurch seine Sicherheit leiden würde. Und nach §. 30. Not. 2. ib. scheint er überhaupt jede Veräußerung einer arrestirten Sache für ungültig zu betrachten, indem er sagt: „Wenn der Impetrat eine in gerichtliche Verwahrung gebrachte oder mit gerichtlichem Siegel belegte Sache wegschafft, so kann dieselbe nicht nur jedem Besitzer wieder abgenommen, sondern auch gegen den Impetraten die geringste Strafe verhängt werden. Der dritte Besitzer erscheint auch nicht geschützt, wenn er auch die Sache in gutem Glauben nad titulo oneroso an sich gebracht hätte. Denn die Veräußerung ist ebenso ungültig, wie die Veräußerung einer res litigiosa." Der Vergleich mit der Veräußerung einer res litigiosa scheint mir jedoch nicht zu quadriren, da man, wie *Colerus* und *Berlich* wohl überzeugend entwickelt haben, bona arrestata für litigiosa

Immobilien nicht ausdrücklich ausgesprochen wurde. Will man aber auch in jedem Arrestbeschlage der dagegen sprechenden Gründe ungeachtet ein Veräußerungsverbot erblicken, so kann dieses dennoch keinen Schluß wider die hinsichtlich des Retentionsrechtes vertheidigte Ansicht begründen, da bei dem Arrest das Verbot in dem Richterlichen Mandate gefunden wird, was hier bei dem Retentionsrechte mangelt, wo alles höchstens auf vertragsmäßiger Stipulirung ruht, folglich das Verbot äußersten Falles zu der Kraft des simplen pacti de non alienando herabsinkt, welches nur Schädenansprüche gegen den Paciscenten, nicht aber Ungültigkeit der Alienation wirkt. Als Handlung in fraudem creditoris kann die Veräußerung höchstens nur nach den Grundsätzen über Restitution ob dolum und der actio pauliana in Beurtheilung kommen, worüber ich §. 82. das Bezügliche gesagt habe. Siehe aber dann auch §. 92. Die übrigen Sätze des Sinkenis sind, gleich denen des *Faber*, nur die Behauptungen, um deren Nachweis es sich hier eben erst handelt. Dem *Faber* gebe ich zu, daß das Retentionsrecht des primus creditor wegen der chirographarischen Foderungen dem secundus creditor gegenüber, dessen Pfandfoderung früher entstanden ist, als jene chirographarischen, unkräftig sey; ich gebe ihm auch zu, daß das Retentionsrecht qu. dagegen dann nicht weiche, wenn die Foderung des secundus creditor, obschon die ältere, doch auch nur eine chirographarische ist; denn in diesem letztern Falle ist die Foderung des secundus keine potior jure, folglich nicht qualificirt, das Besitzrecht des primus zu besiegen. Allein ich kann ihm nicht zugeben, daß im erstern Falle die Aelte der Foderung des secundus creditor den Grund bilde, warum sie das jus retentionis des primus creditor besiege; der Grund hiervon liegt

---

nicht betrachten kann. S. auch *Carpzov* l. l. Ein consequent befolgter Gerichtsgebrauch — die vorzüglichste Quelle des Instituts des Arrestes, Glück a. a. O. S. 331. Not. 25. Bayer a. a. O. §. 39. — kann die zaghafte Meinung wohl nicht unterstützen, da so gewichtige Practiker, wie Coler, Berlich und Carpzov der entgegengesetzten Meinung das Zeugniß der Richtigkeit geben.

vielmehr in der Qualität der Foderung des secundus creditor als Pfandfoderung, als stärkere im Verhältniß zur chirographarischen des primus, und in der unbeschränkt redenden Vorschrift der l. un. Cod. 8, 27., wonach gegen den secundus creditor das Retentionsrecht des primus wegen der in seinem Pfandrechte nicht begriffenen Foderungen überall nicht wirkt (s. oben §. 71. lit. e.) Ich kann auch ferner nicht zugeben, daß aus den im Resultate richtigen Vordersätzen des *Faber* folge, das ältere Retentionsrecht des primus besiege sogar die Pfandfoderung des secundus; wie kann aus der geschilderten Unkräftigkeit und resp. Kräftigkeit des fraglichen Retentionsrechtes eine solche Folge sich ergeben, da die erstere ihren wahren Grund nicht in der Aelte der Pfandfoderung, sondern gerade darin hat, woraus wir unser thema probandum begründen (nemlich daß die siegende Foderung die potior jure sey) und da die letztere nur Folge ebenderselben Grundsätze wieder ist, welche für die von *Faber* bestrittene Meinung sprechen. Es ist nur petitio principii, wenn *Faber* behauptet, der secundus creditor könne das frühere Recht des primus ebensowenig verletzen, als der primus die Rechte des secundus. Glaubte der primus, sein Pfandrecht schütze auch die chirographarischen Foderungen, so büßt er mit Hindlick auf l. un. C. 8, 27. nur seinen Rechtsirrthum, wenn er gewahrt, daß dem secundus creditor hypothecarius gegenüber dieses nicht der Fall ist. Ich wiederhole, daß diese lex in ihrer ganz unbeschränkt lautenden Vorschrift, „das von ihr dem primus creditor gegebene jus retentionis finde gegen den secundus creditor nicht statt," einen Beleg für die Richtigkeit der Meinung abgiebt, die jüngere Pfandfoderung besiege die ältere Retentionsbefugniß wegen der älteren chirographarischen Schulden; denn wollte man die Worte: „quod in secundo creditore locum non habet" mit der Einschränkung verstehen, wenn die Pfandfoderung des secundus die ältere sey, so würde man willkührlich etwas in die Gesetzesworte hineintragen, was in ihnen gar nicht liegt, und wozu, wie wir entwickelten, allgemeine, aus der rechtlichen Natur der Wirkungen der dinglichen und persönlichen Rechte ent-

nommene, Grundſätze keine Unterſtützung bieten. Die l. un. C. cit. iſt darum der deutlichſte geſetzliche Beleg für die Anſicht, welche Fabet, Faſelius und Sintenis beſtreiten. Auch die l. 29. Cod. de jure dotium 5, 12. beweiſt, daß potiora jura überwiegen und einen Beſitz zu entziehen dienen, welcher auf mindere Rechte ſich ſtützt [10]).

§. 79.

Fortſetzung.

Ueber Ausnahmen von den Grundſätzen der §§. 77 und 78.

Führt man als Ausnahme von dem Grundſatze, daß das Retentionsrecht gegen Dritte nicht wirke, und den dinglichen Rechten, als den ſtärkeren weichen müſſe, den Fall an, wenn der Inhaber der Sache Koſten auf dieſelbe verwendet habe (ſ. §. 78 und Note 4.), und fragt man, ob nicht dieſelben Ausnahmen, unter welchen die exceptio doli arg. l. 4. §. 27 bis 32. D. de dol. mal. exc. 44, 4. außer dem Betrüger auch dem dritten Vindicanten entgegengeſetzt werden darf [1]), auch hier hinſichtlich der exceptio retentionis Platz greifen: ſo habe ich in dieſer Beziehung Folgendes zu erwiedern.

Die aus der Natur der Verhältniſſe von Franke (a. a. O. S. 426 bis 434. ſiehe Not. 1.) ſcharfſinnig entwickelten Grundſätze über exceptiones rei und personae cohaerentes, nach denen die exceptio doli als exceptio personalis oder personae cohaerens regelmäßig nur dem Betrüger und nicht auch andern Perſonen, namentlich ſeinen Singular-Succeſſoren, als Vindicanten entgegenſteht, beſtätigen nur die in §. 77 und 78. von mir vertheidigten Anſichten, wenn auch die exceptio doli, von welcher Franke arg. l. 4. §. 27 — 32. D. de dol. mal.

10) S. auch l. 12. princ. u. §. fin. D. qui pot. in pign. 20, 4. — l. 15. §. 5. D. de re judicata. *Schaumburg* compend. jur. Lib. 20. tit. 1. §. 1. *P. W. Schmidius* de jure retentionis circa pignus post motum concursum in tantum cessante. §. VIII. Weber Verſuche S. 195. mit Not. 41. 42. S. 196.

1) Man ſehe Franke im Archiv f. civ. Praxis Bd. 16. S. 429.

exc. 44, 4. spricht, offenbar nur diejenige exceptio doli ist, die man die specialis nennt, während unsre exceptio retentionis nur eine exceptio doli generalis bildet [2]). Denn der Grund, warum die exceptio doli nach Feankes Entwickelung dem Singularsuccessor des Betrügers nicht entgegensteht, „daß nemlich das dingliche Recht durch den dolus nicht afficirt werde, der dolus nur persönliche Ansprüche gegen den Betrüger erzeuge, der dritte Vindicant dagegen die Sache aus eigenem Rechte, weil er Eigenthümer auf eigenem Namen sey, vindicire," entscheidet auch hier; er ist nur eine Anwendung derselben Grundsätze, nach denen wie in den §§. 77. 78. die Frage über die Zuständigkeit der exceptio retentionis gegen Vindicanten der Sache, welche ihr dingliches Recht auf die Sache von dem ursprünglichen Retentionsgegner ableiten, beurtheilten [3]). Die exceptio retentionis ist gegen den dritten Vindicanten keine rei cohaerens, also gegen ihn auch nicht statthaft. Diese Gleichheit der Verhältnisse veranlaßt nun aber die Frage, ob hier bei der exceptio retentionis dieselben drei Ausnahmen zu machen sind, welche Franke a. a. O. S. 429. in Beziehung auf die exceptio doli specialis erwähnt, nemlich: a) wenn der Vindicant seine Rechte titulo lucrativo, durch Schenkung oder Vermächtniß von dem Betrüger erhalten hat [4]), b) wenn derselbe sein dingliches Recht an der Sache auf die accessio possessionis seines Autors stützt [5]), c) wenn der Betrügee selbst dem vindicirenden Pfandgläubigee die Sache zu Pfand gab [6]). In den Bereich der Ausnahme a) fällt auch die von Weber und Andern (s. §. 78. Not. 4.) gemachte Ausnahme des Kostenaufwandes, mit dem sich der dritte

2) Hänel im Arch. f. civ. Prax. Bd. 12. S. 419. 420. 421. in fin. S. 422. princ. u. 425. Mühlenbruch Cession §. 59. S. 586 sq. Not. 127 a.

3) Man vergl. darüber, daß der dolus nur den Betrüger, nicht auch den dritten Erwerber obligire, l. 4. §. 27. 28. 31. D. cit. 44, 4. — l. 37. D. de act. em. 19, 1. — l. 10. Cod. de rescind. vend. 4, 44 — l. 3. Cod. de peric. et commod. rei vend. 4, 48.

4) l. 4. §. 28. D. cit. 44, 4.

5) l. 4. §. 27. D. cit. 44, 4.

6) l. 4. §. 30. D. cit. 44, 4.

Vindicant der Sache zum Schaden des Retinenten nicht ſoll bereicheen dürfen. Daß dieſe Ausnahmen als ſolche auch hier bei der exceptio retentionis Platz griffen, kann ich nun aber aus folgenden Gründen nicht annehmen.

Wenn auch, wie wir bemerkten, der gleiche Grund hiee wie dort für die Regel der Unzuſtändigkeit der exceptio gegen den dritten Vindicanten ſpricht, ſo wirkt doch die Eigenthümlichkeit des verſchiedenen Verhältniſſes der in den §§. 27 bis 32. der l. 4. D. cit. behandelten Fälle der exceptio doli specialis hinſichtlich der fraglichen Ausnahmen ein anderes Reſultat, als bei unſerer exceptio doli generalis; dort iſt der die Sache beſitzende betrogene Beklagte derjenige, welcher ſelbſt ſich angemaaßte dingliche Rechte auf die Sache mittelſt der exceptio doli vertheidigen will, und der dolus iſt ein den Rechtsact der Entäußerung reſp. Erwerbung des dinglichen Rechts ſelbſt treffender Vorgang. In dieſem Falle, wo alſo der Beſitzer der Sache ſich ſelbſt dingliche Rechte auf die Sache beilegt, die er dem Betrüger gegenüber auch vertheidigen könnte[7]), ſoll es gerade ſo angeſehen werden wie im Conflicte mit dem Betrüger, wenn der dritte Vindicant die Sache titulo lucrativo erwarb, ferner wenn er ſein Recht auf accessio possessionis des Autors ſtützt, oder wenn er die Sache vom Betrüger in Pfand bekam; und zwar im erſteen Falle, weil er ſich ſonſt zum Schaden des Betrogenen bereichern würde[8]), indem er ohne Opfee von ſeiner Seite die dem Betrogenen entgehende Sache lucrirte, und im zweiten und dritten, weil er in tantum doch nur die Rechte ſeines Autors fortſetzt, ſeine Perſon gleichſam repräſentirt, alſo auch gegen dieſe die Einreden zulaſſen muß (oder wie das Geſetz ſagt, weil es aequissimum visum est, eum qui *ex persona auctoris* utitur, pati dolum auctoris und quia res ad eum, qui dolo fecit, reversura est). Anders liegen nun aber die Sachverhältniſſe in unſerm Falle der exceptio retentionis; hier iſt von einem wirklich betrüglichen

7) Burchardi die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. §. 18. S. 326 sq.

8) S. Glück Com. Bd. 16. S. 419. in fin. u. Not. 90. ib.

Handeln des debitoris im mindesten nicht die Rede, das dolose liegt hier nur in der Unbilligkeit der Foderung, wo man selbst schuldet; kein dolus erzeugte irgend Rechte und Ansprüche, um deren Vernichtung ob dolum es sich handelte; und der Besitzer selbst legt sich nicht im mindesten dingliche Rechte an der Sache bei, nimmt sie für sich gar nicht in Anspruch; man kann darum auch gar nicht sagen, daß der Vindicant, obschon er der Schenknehmer ist, auf Kosten des Retinenten regelmäßig sich bereicheren werde, wenn dieser ihm die Sache herausgeben muß, da die Sache dem Retinenten gar nicht gehört, ihm also auch nicht verloren geht, und ihm nichts weiter entzogen wird, als ein Impelle gegen den Schuldner zur Zahlung und eine Aussicht, die Sache zum Hülfsobject sich aufzusparen, welche Vortheile alle jedoch keine sicheren Rechte waren, und deshalb keine wirklichen Vermögensverluste erzeugen konnten, indem dieselben auch in dem Falle dahin schwinden, sobald der Retentionsgegner oneroso titulo einem Andern dingliche Rechte auf die Sache verleiht (s. §. 77. 78.); ferner läßt sich auch zu Gunsten des Retinenten nicht in Rücksicht nehmen, ob der dritte Vindicant seines Autors Rechte an der Sache fortsetze, denn es handelt sich ja bei der exceptio retentionis gar nicht um einen den Rechtsact des Erwerbes des dinglichen Rechtes treffenden dolus des autoris, wodurch die dinglichen Rechte des Vindicanten gleichsam eine wunde, schadhafte Stelle bekommen hätten. Ich hoffe demnach gezeigt zu haben, daß der mittelst der exceptio retentionis geltend gemachte dolus generalis auch in den genannten, bei dem dolus specialis vorkommenden, drei Ausnahmsfällen, die Rechte des dritten Vindicanten nicht gefährdet, und zu unkräftigen gegen den Retinenten nicht macht.

Mit diesem Resultate scheint der oben berührte Weberſche Ausnahmsfall auch widerlegt zu seyn; allerdings bin ich auch der Meinung, daß derselbe als Ausnahme nicht zuzulassen seyn möge; allein mit ihm verhält es sich doch noch auf folgende Weise anders. Sobald nemlich der Pfandgläubiger sein Pfandrecht, was er mit der actio hypothecaria verfolgt, zu einer Zeit er-

warb, als die Kosten zu Gunsten der Sache vom Retinenten schon aufgewendet waren, so kann man ihm nicht vorwerfen, er habe sich mit dem Schaden des Retinenten bereichert, er überkomme die Aufwände qu. titulo lucrativo, denn in diesem Falle gab er ja sein durch das Pfandrecht versichertes Darlehn, auf den ganzen Betrag des Werthes der Hypothek, zu dem jene Aufwände mitgehörten; er erwarb also die Hypothek, und mit ihr alle Theile derselben, folglich auch die Aufwände qu. titulo oneroso. Ich kann darum nicht annehmen, daß in einem solchen Falle der Pfandgläubiger schuldig sey, die fraglichen Aufwände zu zahlen, und deshalb das jus retentionis gegen sich gelten zu lassen. Dieser Aufwand gewährte dem Verwender kein dingliches Recht auf die Sache und nur einen persönlichen Anspruch gegen den Eigenthümer derselben; er unterfällt folglich ganz den im §. 77 und 78. aufgestellten Grundsätzen. Anders aber ist es, wenn der fragliche Aufwand erst nach schon dem Pfandgläubiger constituirtem Pfandrechte gemacht wurde; in diesem Falle lucrirte der Pfandgläubiger denselben allerdings auf Kosten des Verwenders, ihm wurde die Sache ebenso, wie dem Eigenthümer erhalten, und sein Pfandrecht realiter corrodorirt. In diesem Falle findet das jus retentionis solange, bis er die Aufwände ersetzt hat, allerdings wider ihn statt. Allein diese Zulässigkeit ist nur keine Ausnahme von den im §. 77 und 78. entwickelten Grundsätzen, denn bei diesem Retentionsrechte erscheint ja der Pfandgläubiger keineswegs als ein Vindicant, dem die Foderung des Retinenten nichts angehe, sondern selbst eigen als Schuldner der fraglichen Foderung, da er ob versionem in rem ei debitam die Aufwände so gut schuldet, wie der Eigenthümer der Sache selbst. Wegen welcher Impensen der Besitzer der Sache gegen den Vindicanten retiniren dürfe, ist aus §. 59. lit. t. oben zu entnehmen. Die dort beurtheilten Gesetze, l. 29. §. 2. D. de pign. 20. 1. u. l. 44. §. 1. D. de damno infecto 39, 2. harmoniren auch völlig mit der von mir hier aufgestellten Ansicht. Denn die l. 29. §. 2. cit. enthält augenfällig den Fall der Entstehung des Aufwandes nach früher schon bestelltem Pfand-

rechte arg. verbor. legis: „Domus pignori *data* exusta est, *eamque aream emit* Lucius Titius, *et exstruxit*.“ Ganz richtig entscheidet darum Paulus: „bona fide possessorem non aliter cogendum creditori aedificium restituere, quam sumtus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperet.“ Ebenso behandelt die erste Hälfte der lex 44. §. 1. cit. mit Hinblick auf l. 29. §. 2. cit. offenbar nur denselben Fall, in welchem der Aufwand nach dem Pfandrechte entstand, da die Worte „eas aedes pignori sibi obligatas“ den Gesetzesfall dahin deuten heißen, daß die *obligatae aedes* in possessionem gegeben waren. Auch wäre ja sonst für den vindicirenden creditor gar keine obligatio restitutionis erklärlich, weil nur die Bereicherung des verpfändeten Gehaltes den Pfandgläubiger zu solchen Vergütungen verbindet [9]), was aus den Worten der l. 29. §. cit. „quatenus *pretiosior* res facta est“ zu entnehmen steht, indem das Wort pretiosior einen werthvolleren Zustand der Sache, als den zur Zeit der Verpfändung, andeutet.

Das Gesammtresultat der Ausführungen dieses §. also ist: es giebt von den in §§. 77 und 78. vertheidigten Grundsätzen durchaus keine Ausnahme, da die besprochenen aber verworfenen die allenfalls noch denkbaren wären.

§. 80.

Das Retentionsrecht gewährt, wenn es nicht ein verwilligtes ist, kein Klagrecht.

Es ist nur die Folge der in den §§. 25 und 73. entwickelten Grundsätze, nach denen das jus retentionis nur in continuatione possessionis, nicht in der Ergreifung eines noch nicht gehabten Besitzes besteht, daß das Retentionsrecht kein Recht ist, zu dessen Erlangung, wenn man es noch nicht hat, eine Klage

9) Wächter im Archiv f. civ. Prax. Bd. 14. S. 371. 372. Vergl. noch hieher hinsichtlich der durch die versio in rem an sich nur gewirkten persönlichen Verbindlichkeit: Weber Versuche S. 188. §. 18. Glück Bd. 14. S. 422. *Müller* ad Leyser. Tom. II. Fasc. 1. obs. 355.

gegen den Gegner zuſteht; mindeſtens iſt dieſes hinſichtlich des geſetzlichen Retentionsrechtes der Fall. Denn wenn auch, wie ich im §. 25. zeigte, das verwilligte Retentionsrecht keine Ausnahme von dem Grundſatze, daß das jus retentionis in continuatione possessionis beſtehe, bildet, ſo iſt doch hinſichtlich der das Klagrecht abſchneidenden Folge dieſes Satzes bei dieſem Retentionsrechte durch die, bei dem geſetzlichen fehlende, hier aber vorhandene causa praecedens des Vertrages oder Teſtamentes ein Klagrecht allerdings vermittelt. Dieſe causa praecedens macht es nemlich möglich, die detentio, welche der retentio vorausgehen muß, und in ihr nur continuirt wird, für den Zweck des Retentionsrechtes nicht allein hervorzurufen, ſondern auch, wenn ſie etwa ſpäter vor dem Ende des Rechtes auf Retention verloren gegangen ſeyn ſollte, zu erneuern, ſoweit nur perſönliche Rechte durch die Klage aus dem Vertrage oder der letztwilligen Diſpoſition nach allgemeinen, aus der Lehre über die Wirkungen der Verträge und letztwilligen Verfügungen zu entnehmenden, Grundſätzen verfolgt werden können. Da dem geſetzlichen Retentionsrechte eine ſolche causa praecedens mangelt, ſo iſt auch nichts in Mitte getreten, die Conſequenz des Satzes, retentio ſey nur continuatio possessionis, völlig rein zu erhalten, und dem zu Folge eine Klage auf Conſtituirung dieſes juris retentionis zu verſagen. Die dieſe Conſequenz ausſprechenden Geſetze ſind u. a. folgende:

l. 51. D. de condict. indeb. 12, 6. verb.:

„Ex quibus causis retentionem quidem habemus petitionem autem non habemus, ea, si solverimus, repetere non possumus.“

l. 33. D. eod. verb.:

„Constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, *nullo alio modo, quam per retentionem* impensas servare posse.“

l. 21. D. ad. S. C. Trebell. 36, 1. verb.:

„haeres, cum debuerat quartam retinere, totam haereditatem restituit, nec cavit sibi stipulatione pro-

posita: *similem eum esse Aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt*[1]).“

Hat man daher den zum Retentionsrecht erfoderlichen Besitz der Sache nicht oder nicht mehr, so steht keine Klage aus der Retentionsbefugniß, die man ausüben könnte, wenn man den Sachbesitz hätte, zu, um das Retentionsrecht erst oder wieder in das Leben zu rufen. Besitzt man freilich aus einem andern zufällig zu Gebote stehenden Rechtsfundamente ein Klagrecht auf Erwerbung resp. Rückerlangung des Besitzes, so wird man für den Zweck des jus retentionis allerdings dieses Klagrecht gebrauchen können; allein die dann zu nutzende Klage ist begreiflich nicht eine actio ex jure retentionis, sondern eben die Klage aus jenem Fundamente, von welcher das jus retentionis nur zufällig profitirt. Die hieher gehörenden Fälle sind darum im mindesten keine Ausnahme von unserem Thema, wie man (z. B. Glück a. a. O. auch Mühlenbruch a. a. O. Note 9.) wohl der Meinung gewesen ist. Hieher gehörige Fälle enthalten: l. 21. D. ad S. C. Treb. 36, 1. — l. 14. §. 1. l. 15. §. 1. col. l. 26. D. ad leg. Falc. 35, 2. — l. 14. §. 1. D. com. div. 10, 3. — l. 50. §. 1. D. de her. pet. 5, 3. — l. 15. §. 2. l. 59. D. de furtis. 47, 2.[2]) u. a. m.

Daß nach den beiden letztern Gesetzen das jus retentionis zur actio furti verhilft, könnte man als eine Ausnahme ansehen wollen, allein gewiß mit Unrecht, da in diesen Fällen nicht das jus retentionis, sondern das furtum verfolgt, nicht ex jure

1) Man vergleiche hieher: *Schmidius* diss. de iis quae ad exerc. jus ret. necessar. §. 29. 30. 41. Not. v. *Carpzov.* decis. 66. num. 14—16 *Colerus* de proc. exec. p. 1. c. 2. num. 261—263. *Lauterbach* de ret. §. 25. num. 8. *Ludovici* l. l. §. 3. 5. *Stryk* us. mod. Lib. 20. tit. 2. §. 6. *Boehmer* de ret. §. 16. *Schnorr* l. l. §. 15. v. Bülow cit. Abh. Th. II. Abh. 24. S. 218. Not. 1. v. Wening Ingenheim Lehrb. I §. 169. Glück Com. Bd. 15. S. 118. Not. 16. Mühlenbruch Lehrb. §. 136. Sintenis Pfandrecht. §. 5. S. 26.

2) Man vergl.: v. Wening Ingenheim a. a. O. Not. e). Mühlenbruch §. 136. Not. 9—12. Sintenis a. a. O. Not. 4). *Schmidius* l. l. §. 30. *Merlius* P. III. decis. 370.

retentionis, ſondeen ex furto geklagt wird, und das jus retentionis dieſer Klage nur das Intereſſe darbietet, welches der Kläger bei der actio furti zu ſeiner activen Legitimation bedarf [3]). Auch der juridiſche Beſitz, z. B. der Pfandbeſitz kann dem jus retentionis, was der Pfandgläubiger neben ſeinem Pfandrechte etwa hat (ſ. oben §. 59. lit. t. u. §. 63. lit. d.), Klagrechte zuführen, die jedoch ebenfalls nur zufällige Secundanten ſind. S. oben §. 20. mit Not. 10.

§. 81.

Der Retinent, welcher nicht Quaſipoſſeſſor iſt, hat darum auch nicht die remedia retinendae et recuperandae possessionis.

Die meiſten der Rechtslehrer [1]) geben dem Retinenten, obſchon ſie ihm ein Klagrecht ex jure retentionis nicht zugeſtehen wollen, dennoch als Beſitzer die remedia retinendae und recuperandae possessionis, die poſſeſſoriſchen Interdicte. Sie beziehen ſich dabei auf folgende Geſetze: l. ult. C. si per vim vel alio modo. 8, 5. — l. 7. Cod. ad L. Jul. de vi publ. 9, 12. — l. 31. D. de cond. ind. 12, 6. — l. 14. §. 1. D. com. div. 10, 3. — l. 1. §. 9. l. 2. D. uti possid. l. 3. §. 8. D. ib. 43, 17. — l. 17. D. de precario. 43, 26. — l. 1. §. 9. l. 12. 18. D. de vi et vi arm. 43, 16. — l. 6. C. unde vi. 8, 4. — l. 2. C. ut nemo priv. 2, 16. Daß unſer jus retentionis bisher zu häufig mit dem Rechte anderer Rechtsinſti-

3) Schneider ſubſidiäre Klagen S. 163. Not. 131. u. S. 164. v. Wening Ingenheim Lehrb. III. §. 328. Mühlenbruch Lehrb. §. 447. II. Not. 13. Durch die actio furti wird nicht die Foderung des Retinenten geſichert, ſondern nur das Delict beſtraft. Schweppe a. a. O. §. 553.

1) *Lauterbach* l. l. §. 27. num. 3. 4. *Mevius* ad jus Lubec. Lib. I. tit. V. art. 13. n. 92 93—99. u. decis. P. I. 247. n. 4. P. III. 43. n. 5. *Resenthal* de feud. cap. 7. concl. 54. *Carpzov.* P. II. C. 25. def. 18. u. Lib. IV. tit. 3. respons. 19. *Boehmer* de ret. §. 15. *Strecker* de eo quod just. est circa jus retent. §. 31. *Casp. Henr. Horn* in consult. et resp. lib. class. 9. resp. 1. pag. 522. *Schmidius* l. l. §. 33. Faſelius a. a. O. §. 31. *Schnorr* l. l. §. 15. *Ranfft* l. l. §. 11. S. 38. princ.

tute, namentlich mit dem Pfandrechte vermengt worden ist, hat die Meinung erzeugt und befestigt, der Retinent habe zum Schutze seines Besitzrechtes die possessorischen Interdicte; fand man sie als eine Befugniß des Faustpfandgläubigers, den man gleichsam wie den Chef, den Heerführer unter den Retinenten betrachtete, so hielt man es völlig gesetzlich begründet, daß der Retinent diese remedia auch begehren dürfe; das Retentionsrecht des Pfandgläubigers galt ja überhaupt wie das Musterbild für unser Recht. Viele Vertheidiger solcher Klagmittel des Retinenten berufen sich auf unrichtige, dem jetzigen Stande der Wissenschaft in der Lehre über Besitz nicht mehr gemäße, Grundsätze, und ihre citirten Gesetzstellen belegen nirgends, was sie darin finden; es folgt aus ihnen nicht mehr, als daß, den Besitz eigenmächtig, gewaltsam zu stören, nicht erlaubt, ja strafbar sey. Kein Gesetz sagt, der retinens habe die interdicta possessoria, und dieses wäre doch gerade nur das Entscheidende gewesen. Wenn *Boehmer* und nach ihm *Schnorr* und *Ranft* ihre Meinung darauf stützen, daß der Retinent titulo besitze und justam possessionem habe, so folgt hieraus nichts zu ihrem Gunsten, da diese Ausdrücke mehr nicht andeuten, als „daß der Retinent auf den Grund Rechtens besitze;" allein auf den Grund Rechtens besitzen, etwas behalten dürfen, ist noch keineswegs identisch mit der possessio (dem juristischen Besitze), welche die interdicta possessoria gewährt, und verträgt sich recht gut mit der blosen naturalis possessio, der detentio[2]). Solche Gründe können neben Gesetzen, welche dem Retinenten, der den Besitz der Sache verlor, das Rückfoderungs- überhaupt das Klagrecht, auf welches die Interdicte doch auch nur hinauskommen, absprechen, unmöglich von Gewicht seyn, wenn man obendrein noch Folgendes hierzu in Erwägung bringt.

Bekanntlich hat nicht jeder possessor die possessorischen Interdicte, sondern nur der juristische Besitzer; namentlich sind die Interdicte mit der naturalis possessio, der blosen Inha-

2) v. Savigny Besitz §. 8. v. Wening Ingenheim I. §. 167. Not. x.

bung nicht verbunden [3]). Deute man nun den animus possidendi, welcher zum juriſtiſchen Beſitz erfoderlich iſt, mit Savigny als animus domini oder anders [4]); darüber iſt man doch allgemein einig, daß derſelbe mehr iſt, als der bloſe animus detinendi, daß er vielmehr den Beſitzer in ein Verhältniß größerer Befugniſſe der Dispoſition über die Sache bringt, als der einfachen custodia, der detentio, die man für gewiſſe der possessio fremde Zwecke fortſetzt. Erinnern wir uns, daß der Retinent weder Gebrauchs- noch Verwaltungsrechte, überhaupt gar keine Dispoſitionsrechte an der Sache hat (ſ. oben §. 75.), daß er nur detinirt, was er als ihm gehörig eben nicht in Anſpruch nehmen will und kann (§. 19—22. 28. 73. 74.), ſo kann nicht widerſprochen werden, daß derſelbe den juriſtiſchen Beſitz nicht habe [5]). Es giebt zwar in jure Ausnahmsfälle, in denen juriſtiſcher Beſitz ohne jenen animus domini ſtattfindet, allein unter ihnen befindet ſich der Beſitz bei dem Retentionsrechte nicht, und dieſe Ausnahmen ſind über die in den Geſetzen benannten Fälle nicht zu vermehren [6]). Da der Retinent ſeinen Beſitz von dem Retentionsgegner ableitet, und deſſen Beſitz und Eigenthum an der Sache fortwährend anerkennt, der abgeleitete Beſitz auch nicht

3) v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 167. Thibaut Syſt. §. 208. v. Savigny Beſitz. §. 7. S. 39 sq. S. 64 sq. 76 sq. Mühlenbruch Lehrb. §. 234. u. 242.

4) v. Savigny Beſitz §. 1. 9. S. 90 sq. §. 20. v. Schröter in Zeitſchr. f. Civ.R. u. Proz. Bd. 2. S. 235. 236. Hufeland Lehrb. des Civ.R. §. 190. Not. 2. u. 3. v. Wening Ingenheim Lehrb. I §. 167. u. 173. Thon im Rhein. Muſ. Bd. 4. S. 95 sq. Büchel über die Natur des Pfandrechts. Marburg 1833. S. 45—51. Sintenis in der Zeitſchr. f. Civ.R. u. Proz. Bd. 7. Abh. 7. u. 12. Thibaut Syſt. §. 208. Mackeldey Lehrb. §. 220. u. 222. Not. *. Mühlenbruch Lehrb. §. 234—237. Not. 3. Guyet in Zeitſchr. f. Civ.R. u. Proz. Bd. 4. S. 372 sq.

5) Guyet a. a. O. S. 373 sq. 379. Wer nur custodiae causa detinirt, kann nicht possessio haben. v. Schröter a. a. O. 237. in fin. 238 sq. 244 sq. 258 sq. 264 sq. S. auch *Steinhausers* l. l. §. 40. *Koenig* l. l. §. 22. num. (3).

6) v. Savigny Beſitz §. 23. S. 279. auch §. 9. S. 105. v. Wening Ingenheim I. §. 173.

nothwendig voraussetzt, daß er durch Uebertragung gewonnen werde [7]), (welche Uebertragung obendrein bei dem jus retentionis voluntarium vorhanden ist), so könnte man versucht werden, den Rtentionsbesitz unter die Fälle des abgeleiteten Besitzes rechnen zu wollen; allein da die Gesetze, wie gesagt, diesen Besitz dazu nicht zählen, so ist er auch kein solcher, und gehört vielmehr nur zu den Besitzfällen, in denen der Andere einen Natural-Besitz in fremdem Namen hat. Er giebt nur das Recht der Selbsthülfe gegen Gewalt und überhaupt nur die Vertheidigungsrechte, welche auch der Naturalbesitzer ohne Interdicte hat, daher er — als Folge von diesem Allen — auch der possessorischen Interdicte nicht theilhaftig macht [8]). Wie unrichtig die Doctrin sey, der Besitz des Retinenten könne ebenso gut der Natural- wie Civil-Besitz seyn, habe ich oben §. 19 u. 20. schon erörtert.

Daß das Retentionsrecht an unkörperlichen Dingen allerdings zu seinem Schutze der Interdicte sich bedienen dürfe, ist Folge der Eigenthümlichkeit des Quasipossesses und auch eigentlich keine Ausnahme von unserem Thema, was ich Alles schon oben §. 22. entwickelt habe.

Wenn man mit Thibaut [9]) annehmen könnte, daß die Spolienklage jedem Besitzer, auch dem nicht juristischen, zustehe, so würde dieses remedium possessionis, unter den Umständen ihrer übrigen Begründung, dem Retinenten allerdings zukommen; allein nach richtigerer Theorie ist die Spolienklage auch nur dem juristischen Besitzer gegeben, und folgt den Requisiten des R. R. über Besitzschutz durch Interdicte; der Detentor als solcher hat sie nicht [10]). Ebenso ist auch das *possessorium summarium* kein selbstständiges Mittel, Besitz wieder zu erlan-

7) v. Schröter a. a. O. S. 236. 237.

8) Valett Lehrb. des Pandectenrechts. §. 201. v. Bülow a. a. O. S. 220. v. Savigny Besitz. §. 23. v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 169. Not. a) col. §. 168. num. 1) 2). Sintenis a. a. O. §. 5. S. 26.

9) Thibaut Syst. §. 230.

10) v. Savigny Besitz §. 50. v. Wening Ingenheim III. §. 250. Schweppe §. 561.

gen, ſondern nur ein Prozeßmodus für Durchführung der poſſeſſoriſchen Rechtsmittel und ein prozeßpolizeilicher Ausweg für den Richter, daher wo poſſeſſoriſche remedia nicht zuläſſig ſind, auch kein possessorium summarium zuſtändig erſcheint [11]). Der Retinent hat folglich auch das possessorium summarium nicht zu ſeinem Schutz.

§. 82.

Gegen das Retentionsrecht ſteht Reſtitution zu. Findet auch gegen den Verluſt des Retentionsrechtes Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſtatt?

Daß gegen ein erlangtes Retentionsrecht Wiedereinſetzung in den vorigen Stand unter den dafür vorliegenden geſetzlichen Gründen zuſtehe, iſt unbeſtritten, da die Entbehrung der Sache dem Eigner derſelben in der Regel als ein Verluſt gelten muß [1]). Allein weniger zweifellos iſt die Frage, ob gegen den Verluſt des Retentionsrechtes Reſtitution zuläſſig ſey. Dieſe Frage findet man bei den Rechtslehreen faſt nicht beurtheilt. Nur *Schmid* [2]) ſagt Folgendes darüber: „Quodsi is, cui in possessione constituto jus retentionis alias competit, non opposita exceptione retentionis, possessionem dimiserit, tamen non omni juris auxilio destituitur. Refert enim, *num* illud ex errore factum sit, *an* minus. *Hoc casu* cessat repetitio, nam ad jura renunciata non datur regressus, et propria autoritate possessionem, quae alteri jam cessa est, denuo apprehendere non licet. Minori tamen restitutio in integrum contra dimissam possessionem competere potest. Quae majori quoque ex capite doli, verbi gratia viduae, non deneganda est, quae blandis sermonibus ab heredibus mariti pellecta, quasi ei statim quod sibi deberetur, es-

11) v. Savigny Beſitz §. 51. Thibaut Syſt. §. 231. Mühlenbruch Lehrb. §. 243. mit Not. 12.

1) *Molignatus* l. l. qu. 391.

2) *Schmidius* l. l. §. 32. Ich gebe deſſen Anſicht wörtlich, weil er dieſe Frage unter den frühern Rechtslehrern am ausführlichſten berührt.

sent soluturi, possessione bonorum mariti cessit [3]). *Isto* autem *casu*, si nempe detentor ex errore praesertim facti (l. 10. C. 1, 18. — l. 9. D. de jur. et facti ignorant. 22, 6. — l. 6. 7. C. de cond. ind. 4, 5.) possessione se abdicaverit, ad exercendum jus retentionis condictio indebiti (l. 9. C. ad Leg. Falc. 6, 50. — l. 31. §. 1. in fin. D. depos. 16, 3. *Boehmer* de action. sect. 2. cap. 3. §. 87.), seu incerti (l. 40. §. 1. D. de cond. ind. 12, 6. — l. 21. D. ad S. C. Treb 36, 1.) [4]) prodest. Quid? quod et citra ante nemoratum dolum isti viduae, quae forsan ex ignorantia juris retentione usa non est, per restitutionem in integrum succurrendum esse puto, quia mulieribus de damno vitando certantibus, propter imbecillitatem sexus subveniri, lege expressa jubetur (l. 13. C. de jur. et fact. ignor. 1, 18.) [5]).

Aus dieser Lehre von *Schmid* erkennen wir von neuem, wie die Vermengung des Institutes des Retentionsrechtes mit den Rechten anderer Institute der eigenthümlichen Ausbildung seiner Grundsätze so viel geschadet hat. Ohne zu bedenken, ob nicht dasjenige, was man in einem gewissen Verhältnisse dem Retentionsrechte zu Gute kommen sah, ein Attribut, nicht des Retentionsrechtes, sondern jenes besondern Rechtsverhältnisses sey, generalisirte man solche Vorkommenheiten zu Grundsätzen des jus retentionis. Ueberblicken wir die Citate des Schmid, so finden wir Folgendes. Aus den zuerst citirten Gesetzen ist nichts weiter als die allgemeine Regel zu entnehmen: juris

3) *Cularus* de proc. execut. part. 1. cap. 2. num. 222. *Mevius* ad jus Lubec. l. 1. num. 94.

4) *Schmidius* setzt Not. f. hinzu: Non obstat l. 30. D. de cond. ind. Ubi: *non habet condictionem veluti indebite soluti, sed sui crediti petitionem.* Nam verba *non habet condictionem*: intelligenda sunt, secundum verba antecedentia, de compensatione. Nimirum non habet condictionem ad exercendam compensationem, quia mutuum debitum et creditum non est ejusdem generis ac qualitatis.

5) *Brunnemann* ad l. 13. C. 1, 18. *Mevius* part. 1. decis. 218. not. 5.

ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere, keineswegeS aber ein dem Retinenten ausdrücklich zugesprochenes Restitutionsrecht; die zu zweit und dritt citirten Gesetze behandeln Fälle (wenn der Erbe ex errore facti ohne Abzug der quarta und der impensae auf die res restituenda die ganze Erbschaft dem Fideicommissar restituirt hat, oder wenn der Dieb die entwendete Sache bei dem dominus rei deponirt, und dieser ignorans sie dem Diebe wiedergiebt) in denen allerdings die condictio indebiti (dem Erben resp. dominus) auf die Rückerlangung der irrthümlich hingegebenen Sache zugetheilt worden ist. Allein ohne diese Fälle nach ihrer rechtlichen Individualität näher zu schildern, geht ohne Weiteres aus ihnen hervor, daß nicht das jus retentionis, ganz dahingestellt, ob jene Fälle eigentliche wahre Fälle unseres Retentionsrechtes enthalten, (worüber *Boehmer* de act. l. l. §. 84—87. zu vergleichen ist) sondern die Erb- und Eigenthumsrechte, welche dem heres und resp. dominus an der Sache zustehen, hier die Klagen bringen. Diese Fälle sind ganz gewöhnliche Fälle der Statthaftigkeit der condictio indebiti zu Wiedererlangung irrthümlich veräußerter Dinge. (S. oben §. 80. auch 62. lit. b.) Aus ihnen kann mithin für die Zulässigkeit der restitutio in integrum gegen ein verlorenes Retentionsrecht nichts im Allgemeinen geschlossen werden; wir brauchen dabei den Controverspunct, ob die condictio indebiti zu den Restitutionen in integrum zu rechnen sey [6]), gar nicht einmal in Erörterung zu bringen. Ebenso stehen auch der Witwe und Ehefrau aus ihrem Pfandrechte an dem Vermögen des Ehemannes Besitz- Dispositions- und Klagrechte zu, welche von dem Retentionsrechte unserer Untersuchung sehr verschieden sind, deren Restituirung, wenn sie von der Witwe oder Ehefrau

6) G. C. Burchardi Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. S. 6—22. Zimmern Gesch. des R. R. Bd. III. §. 101—103. v. Schröter Zeitschr. f. Gw.R. u. Proz. Bd. 6. S. 158—175. Schneider subsid. Klagen. Th. II. Cap. I. S. 256. v. Wening Ingenheim Lehrb. VI. §. 1. Thibaut Syst. §. 680. Mühlenbruch Lehrb. §. 158. Not. 4.

in Folge ihrer Ueberlistung zu ihrem Nachtheile aufgegeben wurden, darum wieder keinen sichern Schluß auf gleiche Befugnisse eines jeden Retinenten gestattet. Auch das besondere Recht eines minor eignet sich nicht zur Generalisirung.

Meinem Urtheile nach müssen wir die Frage unseres §. auf folgende Weise beantworten.

Die restitutio in integrum erfodert für ihre Statthaftigkeit bekanntlich einen nicht unbedeutenden Schaden und den Mangel der Hülfe durch ein ordentliches Rechtsmittel [7]). Regelmäßig nun wird aber derjenige, welcher des Retentionsrechtes verlustig ging, seine Foderung mittelst ordentlicher Klage darauf sich verschaffen können; und dieses zeitig zu thun, also, anstatt des im jure retentionis versuchten Compelles zur Zahlung, das Einklagungsmittel, was obendrein noch viel sicherer zum Ziele führt (s. oben §. 15. u. 73.), zu ergreifen, liegt bei betagten Foderungen nur in seiner Macht. Unsicherheit der Befriedigung der Foderung gehört, wie wir sahen (s. oben §. 5. 31. 73.) nicht zur Zulässigkeit des juris retentionis, sie braucht also auch nicht in dessen Geleite zu seyn; ist sie aber dennoch in concreto vorhanden, und die Foderung vielleicht obendrein nicht schon betagt, so stehen dem creditor ganz andere Mittel, Arrestbeschlag u. dgl. zu beantragen, zu Gebote. Man kann darum nicht sagen, durch den Verlust des jus retentionis sey ein wesentlicher Schaden entstanden; es wird meist nicht einmal ein solcher Nachtheil daraus entstehen, welcher den Nachtheil durch Wiederaufhebung des bestehenden Zustandes für den Gegner des Restitution Suchenden überwöge, hinzugenommen, daß das jus retentionis dem creditor kein Recht bringt, aus der res retenta sich selbst Befriedigung zu nehmen, und daß die res retenta obendrein ihm durch stärker Berechtigte so leicht entzogen werden kann. (S. oben §. 75. u. 77.). Wir werden durch alle diese Ueberlegungen zu

7) Thibaut Syst. §. 681. v. Wening Ingenheim VI. §. 3. Glück Comm. Bd. 5. §. 436. S. 419 sq. §. 438. S. 427. Bd. 22. S. 367. in fin. Burchardi a. a. O. S. 99—108. S. 126 sq. Schneider a. a. O. S. 51. 230 sq. Mühlenbruch Lehrb. §. 159.

dem Resultate geleitet: daß regelmäßig das *remedium restitutionis in integrum* gegen den Verlust des Retentionsrechtes nicht zu nutzen ist.

Von dieser Regel finden nun aber dann allerdings Ausnahmen statt a) wenn der creditor zu Geltendmachung seiner Forderung nur das Mittel des Retentionsrechtes, und kein Klagrecht besitzt, folglich sich anders nicht helfen kann, als durch Retention, daher deren Verlust auch einen wesentlichen Schaden erzeugt. Hieher gehören u. a. (die alten retentiones ex dote nicht mehr gerechnet, s. oben Einl. §. I. u. §. 1. Not. 3.) die Fälle in l. 48. l. 27. §. 5. D. de rei vind. 6, 1. — l. 14. §. 1. D. com. div. 10, 3. — l. 33. D. de cond. indeb. 12, 6. — l. 14. D. de dol. mal. exc. 44, 4. — §. 30. D. de rer. divis. 2, 1. — §. 31 — 34. eod. l. 9. pr. u. §. 1. D. d. a. r. d. 41, 1. — l. 29. D. de aedil. edict. 21, 1. — col. l. 23. §. 8. D. eod. [8]) überhaupt alle Fälle, wo wegen einer blos natürlichen Verbindlichkeit das Retentionsrecht zusteht (s. oben §. 36. Not. 2.), oder der Gläubiger durch die ordentlichen Rechtsmittel nicht so, wie durch die Restitution, gedeckt ist [9]). Es werden freilich auch hier die concreten Sachzustände noch einen Einfluß gewinnen; denn kann sich der Gläubiger, wenn auch nicht durch Klage, doch durch andere Exceptionsmittel z. B. der Compensation zufällig helfen, so braucht er auch in diesen Fällen das Retentionsrecht nicht, und es findet deshalb zu dessen Wiedergewinnung die restitutio in integrum immer nicht statt. b) Hinsichtlich des Unmündigen, dem man alle, welche jura minorum genießen, gleichstellen muß, findet insofern eine Ausnahme statt, als bei diesem die Rücksicht, daß er sich durch ein ordentliches Rechtsmittel helfen könne, nicht entgegensteht. Allein auch bei ihm bleibt das Requisit eines nicht unwesentlichen Schadens stehen [10]). Bringt also, was ex facto zu bemessen, dem Unmün-

8) Man vergl. hieher Schneider a. a. O. S. 159 — 165. *Richter* l. l. th. 12. sec. fin. *Koenig* (Reusner) l. l. §. 25.

9) Vergl. die Not. 7. citirten Schriftsteller.

10) S. hierüber: Thibaut Syst. §. 690. Schweppe §. 983.

digen der Verlust des Retentionsrechtes in Bezug auf die Befriedigung der damit verfolgten Foderung keinen Schaden weiter, als daß er dafür nur dieses remedium nicht mehr nutzen kann; wird ihm an der Möglichkeit der Befriedigung selbst nichts entzogen, so ist auch ihm gegen den Verlust des Retentionsrechtes Restitution nicht zu gestatten, denn er hat dann re vera keinen Schaden erlitten. — Den Fällen nun, in welchen nach diesen Bemerkungen die restitutio in integrum Ausnahmsweise zuzulassen ist, steht zur Seite, daß Restitution nur bei solchen Geschäften, welche die Gesetze ausdrücklich bezeichnen, zu denen jedoch das Retentionsrecht nicht gehört, nicht statt findet, außerdem aber caeteris paribus bei allen Rechtsverhältnissen Platz greift [11]). Diese Zulässigkeit der Restitution gegen den Verlust des jus retentionis verstößt nämlich nicht gegen den Grundsatz, daß das jus retentionis keine Klage erzeuge, das verlorene auch nicht durch Klage wieder erlangt werden könne; denn das Restitutionsgesuch ist keine Klage auf Constituirung des jus retentionis, sondern nur ein Gesuch, eine Bitte um die Vergünstigung, das Unterbrochene, Verlorene in den frühern Zustand, als sey er nie unterbrochen worden, zurückzuführen, den Zwischenzustand als einen existent gewordenen völlig zu vernichten. Durch sie wird die Sache möglichst so vermittelt, daß man das Verlorene gar nicht als verloren gewesen mehr annehmen kann [12]). Sodann steht zu erwägen, daß das fundamentum agendi bei einem Restitutionsgesuche nicht das Objekt ist, welches man in den alten Zustand zurückgeführt haben will, sondern der die Verletzung erzeugt habende Vorgang oder Zustand [13]); ein anderes

S. 506. Not. 4. u. §. 988. Schneider a. a. O. S. 251. Burchardi a. a. O. S. 101 sq. B. u. S. 219. Not. 11. u. S. 248. Nr. V. *Mevius* P. 3. decis. 29. P. 5. decis. 206. P. 7. decis. 286. v. Wening Ingenheim VI. §. 15. in fin. col. §. 3. princ.

11) Burchardi a. a. O. §. 9. S. 92—99. Thibaut Syst. §. 681. C. Glück Bd. 5. S. 431. v. Wening Ingenheim VI. §. 4.

12) Glück Bd. 5. S. 442. S. 453. 454. Burchardi a. a. O. §. 29. v. Wening Ingenheim VI. §. 11. 12. Mühlenbruch Lehrb. §. 162.

13) Schmidt Lehrb. von gerichtl. Klagen u. Einreden §. 1441.

iſt, ob dieſer Vorgang oder Zuſtand eine Klage erzeuge, oder ob das Object, was man wiedergeſtellt wünſcht, ein klagbares ſey. Das Letztere braucht nicht der Fall zu ſeyn, — wie dieſes eben bei dem jus retentionis und allen gültigen, nur nicht klagbaren Obligationen der Fall iſt, welche von der Wiederbelebung durch Reſtitution nicht ausgeſchloſſen ſind, — wenn nur eine verfolgbare causa restitutionis vorliegt. Wenn alſo durch Reſtitution ein Retentionsrecht wieder hergeſtellt wird, ſo hat nicht das Retentionsrecht, ſondern das den Reſtitutionsgrund enthaltende Verhältniß die Reſtitutionsbitte erzeugt. Auch ſteht ja dieſes remedium nicht in allen Fällen des Retentionsverluſtes, ſondern nur in den wenigen zu, in denen ein gültiger Reſtitutionsgrund zur Seite tritt. Gegen wen das Mittel der Reſtitution zur Hand genommen werden kann, brauche ich hier nicht zu erwähnen, da ſich dieſes nach den allgemeinen Grundſätzen über die Frage nach dem Reſtitutionsgegner richtet [14]).

§. 83.

Das Retentionsrecht wirkt nur eine dilatoriſche Einrede. Deren Wirkung. Wenn iſt ſie vorzuſchützen?

Dieſelben Gründe, welche nach den Entwickelungen in dem §. 80. regelmäßig das Klagrecht dem Retentionsrechte verſagen und die im §. 73. geſchilderten Zwecke des Retentionsrechtes haben auch zur Folge, daß durch das jus retentionis nur eine Einrede und zwar nur eine dilatoriſche gewirkt werde. Denn nur die Retention, alſo ein Zuſtand des Verharrens, des Abwartens, nicht der Offenſive ſoll zum Ziele der Befriedigung führen, aber dann auch des Gegners Anſpruch auf die Sache nicht mehr hemmen, wenn jenes Ziel erreicht wurde. Die Einrede der Retention iſt demnach nur eine ſolche, welche von *Gajus* Inst. Com. Lib. IV. §. 122. u. 123. eine dilatoria, quae ad tempus nocet, quae differt actionem, genannt wird. Soll das Klagrecht des Gegners ſolange wirkungslos bleiben, bis er

14) v. Wening Ingenheim VI. §. 6. Schweppe röm. Priv.R. §. 984. Mühlenbruch §. 160. Burchardi §. 22. 29. 30.

des Retinenten Foderung befriedigt habe, so ist es dem Verhältnisse angemessen, dem Retinenten aus der Retention eine Einrede dieses Inhaltes zu gewähren, wodurch dieselbe als eine dilatorische sich anbietet. Auf diese Weise wird die Wirkung des Retentionsrechtes in allen, dasselbe gestattenden, Gesetzen beschrieben. (S. unter andern die §. 1. Not. 6. u. §. 73. citirten Gesetze.) Hierüber kann also gar kein Bedenken erhoben werden [1]). Nur folgende Fragen in Bezug auf die Zeit der Vorschützung der exceptio retentionis bedürfen einer nähern Beurtheilung.

Sehr richtig bemerkt von Bülow [2]), „daß die exceptio retentionis nie den über das Recht an der Sache geführten Rechtsstreit betrifft, sich vielmehr einzig auf die Execution desselben bezieht und eigentlich erst in dem Augenblicke entspringt, wo rechtlich festgestellt ist, daß die zurückzuhaltende Sache dem Gegner gehöre; ferner, daß die Entscheidung eines über das Eigenthum einer Sache geführten Rechtsstreites, wodurch dieselbe dem Kläger zugesprochen und der Beklagte zu ihrer Herausgabe verurtheilt wird, aus gleicher Ursache dem Retentionsrechte nicht entgegensteht, welches der letztere etwa auszuüben haben möchte." Nicht so durchgängig richtig aber ist, was v. Bülow hieran knüpft, indem er fortfährt: „des Retentionsrechtes Ausübung enthält die Anerkennung nicht nur des Eigenthums, sondern selbst des Civilbesitzes auf Seiten des Klägers, weil nur eine Sache des Schuldners zurückbehalten werden kann, der retinirende Gläubiger auch auf den physischen Besitz, eine Namens eines Andern ausgeübte Inhabung, sich beschränkt. Indem also der Beklagte die wirkliche Herausgabe des bisherigen Streitgegenstandes durch Ausübung eines Retentionsrechtes abzuwenden sucht, erklärt er den Kläger als Eigenthümer und Civilbesitzer anzuerkennen, und überweiset demselben die Sache gleichsam longa

1) Faselius a. a. O. §. 25. Not. b). Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 101. *Koenig* l. l. §. 20. 21.

2) v. Bülow a. a. O. S. 218—220. Man vergl. hieher auch *Ant. Faber* in Cod. Lib. 8. tit. 15. def. 1. *Koenig* (Reusner) l. l. §. 23. num. (3).

manu, so daß eben in dem Gebrauche der Einrede der Retention die Vollstreckung des über das Eigenthum ergangenen Erkenntnisses liegt."

Wenn es auch richtig ist, daß der Retinent als solcher dingliche Rechte auf die Sache sich nicht beilegt, und daß er durch die exceptio retentionis zu erkennen giebt, er wolle die Sache zur Zeit als eine ihm gehörige nicht ansprechen, vielmehr nur deren Detention dem Kläger gegenüber retiniren; wenn es ferner darum richtig ist, daß von der Retentionseinrede die Frage des Eigenthumes nicht berührt wird und ihre Wirkung sich im Gegentheil nur den Erfolgen des Vindicationsstreites in der Executionsinstanz entgegenzustemmen sucht: so kann ich doch mit Rücksicht auf meine Ausführungen in den §§. 28. 29. und 35. den Schluß nicht als zutreffend anerkennen, daß die Vorschützung der Retentionseinrede das Zugeständniß des vom Kläger angesprochenen Eigenthumes und Civilbesitzes an der Sache eo ipso enthalte. Denn wir sahen oben, es lasse sich auch an eigener Sache und an einer Sache, welche dem Retentionsgegner nicht eigenthümlich gehört, ein Retentionsrecht ausüben, daher die exceptio retentionis nicht nothwendig ausdrückt, man erkenne den Gegner als Eigenthümer der Sache an; sodann läßt sich auch denken, der Beklagte wolle nur für den Fall die Retention excipiren, wenn der Kläger sich als Eigenthümer oder Civilbesitzer der Sache ausgewiesen haben werde. Richtig ist auch nicht, daß nur eine Sache des Schuldners retinirt werden könne; wir verweisen auch in dieser Beziehung auf den Inhalt der §§. 29. u. 35. Noch weniger richtig aber sind die weitern Folgerungen, welche von Bülow aus seinen Sätzen zieht, indem er sagt: „Wird also über das Eigenthum einer Sache gestritten, so braucht die Einrede der Retention vom Beklagten, selbst nicht einmal eventuell auf den Fall des Unterliegens, mit der Einlassung verbunden zu werden. Die bekannte Vorschrift der Prozeßgesetze über den Verlust der nicht mit der ersten Verhandlung vorgetragenen Einreden findet nämlich keine Anwendung auf jene, dem Streitgegenstande fremde Einrede; diese erwächst vielmehr erst aus der Ent-

scheidung des Rechtsstreites, und kann nicht der rei vindicatio, sondern actio judicati entgegengesetzt werden." Diese Ansicht von Bülows widerstreitet entschieden der im J. R. A. sanctionirten, im deutschen gemeinen Prozesse gültigen, Eventualmaxime, nach welcher alle zu Gebote stehende Angriffs- und Schutzmittel, welche in dem fraglichen Rechtsstreite benutzt werden sollen, auf einmal mit einander selbst alsdann vorgebracht werden sollen, wenn gleich von ihnen nur eventueller Gebrauch mit Nutzen gemacht werden kann [a]). Daß die Einrede erst durch den Sieg des Klägers auflebe, ist kein Einwand, weil der Beklagte, diesen Fall bedenkend, die causa seines alsdannigen Retentionsrechtes gleich anfänglich beachten, und zu diesem Zwecke die exceptio retentionis im Voraus opponiren kann und muß, soll sie nicht zu den versäumten gerechnet werden müssen. Jeden Falles könnte diese exceptio in der Executionsinstanz nur als neu aufgefundene (was von ihr nur selten zu behaupten seyn wird, da der Beklagte die mit der Sache connexe Foderung, wegen welcher er zu retiniren befugt seyn will, regelmäßig gleich vom Beginn des Vindicationsstreites an kennt), sofort liquide, oder privilegirte (wo sie in Landesgesetzen als solche auf Gültigkeit Anspruch hat, da es gemeinrechtlich privilegirte Einreden nicht giebt [4]) noch Zutritt gewinnen [5])). Hiermit ist zugleich die Ansicht derjenigen Rechtslehrer [6]) beantwortet, welche die exceptio retentionis zu den

3) Linde Lehrbuch des deutschen gem. Civilprocesses §. 144. Martin Lehrbuch des teutschen gem. bürgerl. Prozesses. ed. 11. §. 101. (früher ed. §. 98.)

4) Martin a. a. O. §. 97. (94.) Not. h. u. §. 269. (258.) Linde a. a. O. §. 376. Not. 4. vergl. mit Danz ordentl. Prozeß. §. 186. Thibaut Syst. ed. 5. §. 1194. und Gönner Handb. II. Th. Abh. 33. §. 11. 12. S. 194 sq. Dessen Erörterungen zu Danz. S. 52 sq. Auch als privilegirte muß sie sofort liquid seyn. Danz a. a. O. Delze a. a. O. §. 320. 4) b). Kori Theorie des Sächs. bürgerl. Prozesses §. 194. e). Schmidt v. Klagen u. Einreden §. 127. *Schaumburg* princ. prax. jurid. Lib. 1. sect. 1. membr. 2. cap. 4. §. 9. Not. **.

5) Martin a. a. O. §. 97. 162. (152.) 269. Linde a. a. O. §. 203. u. 376.

6) *Koenig* l. l. §. 17. num. 6. §. 19. u. 32. Pütter öffentl. Rechts-

Einreden zählen, die auch in der Executionsinſtanz noch eingewendet werden dürfen. Zuläſſig iſt die exceptio retentionis in allen Prozeßarten, inſofern ſie, falls die Prozeßart nur ſofort liquide Einreden zuläßt, ſofort liquid gemacht wird [7]). Daß ſie als gültiger Grund, die Sache nicht herauszugeben, den Retinenten hinſichtlich der Pflicht dieſer Herausgabe (ſ. §. 71. c.) außer mora ſetzt, und den Lauf der Verzugszinſen von der Sache, wenn dieſe eine verzinsliche iſt, überhaupt die Folgen der mora unterbricht, oder resp. gar nicht eintreten läßt, iſt ohne Widerſpruch klar [8]). Ebenſo ergiebt es ſich von ſelbſt, daß der Retinent nicht ſchuldig iſt, für fremde Arreſtanträge, die kein beſſeres dingliches Recht verfolgen, die res retenta herauszugeben [9]).

§. 84.

Dauer der Einrede des Retentionsrechtes.

Dieſe Einrede, welche als Einrede einer Exſtinctivverjährung nicht unterliegt [1]), ſteht nach §. 83. ſolange zu, als die Foderung nicht völlig getilgt iſt, für welche ſie in Wirkung tritt. Schriftſteller über unſern Gegenſtand [2]) haben folgende hieher gehörige Frage angeregt:

Hat der Retentionsgegner das Recht, den Retinenten, welcher mit der Einfoderung ſeiner Foderung zaudert, zu dieſer Einfoderung zu nöthigen?

ſprüche III. Bd. 2r Th. Nr. 307. §. 16. *Brunnemann* ad l. 14. D. com. div. 10, 3. num. 5. *Herzog* de fidejussor. cap 5. num. 371. 372. *Molignatus* l. l. qu. 406. u. 424. *Wernher* P. I. obs. 287. Danz ordentl. Prozeß §. 186. Not. o). Schmidt a. a. O. *Schaumburg* princip. cit. Lib. 1. sect. 1. membr. 4. cap. 3. §. 15. Not. **. *Lynker* respon. Vol. II. resp. 150. num. 169. *Schotten* l. l. §. 18. S. 29. §. 27. in fin.

7) *Lynker* l. l. num. 170. 177—181.

8) *Koenig* (Beasner) l. l. §. 17. n. (i).

9) *Koenig* l. l. §. 17. num. 5.

1) Mühlenbruch Lehrb. §. 481. Thibaut Syſt. ed. 8. §. 1025. Mackeldey Lehrb. §. 202. *Koenig* l. l. §. 32.

2) Faſelius a. a. O. §. 26. Not. b). *Schnorr* l. l. §. 10. in fin.

Fafelius glaubt dem Retentionsgegner, welcher nicht zugleich der Schuldner der Foderung des Retinenten ist (s. §. 29. u. 35. oben), dieses Recht gewähren zu müssen. Seine Worte sind: „Wenn 1) keine Zeit bestimmt ist, zu welcher der Dritte seine Verbindlichkeit gegen mich erfüllen soll, oder 2) dieses zwar geschehen, sothane Zeit aber verflossen seyn, und ich in beiden Fällen gegen den Schuldner stille sitzen sollte, so glaube ich, hat der Eigenthümer, damit er seine Sache nicht allzulange entbehre, ein Recht zu verlangen, daß mir der Richter eine Zeit bestimme, binnen welcher ich meinen Schuldner, bei Verlust des mir zuständigen Retentionsrechtes, in Anspruch nehmen soll." Schnorr geht insofern noch weiter, als Fafelius, als er überall jedem Retentionsgegner das Recht giebt, dann, wenn die causa des juris retentionis nicht in aller Hinsicht völlig liquid ist, ein Injunct gegen den Retinenten bei dem Richter dahin auszuwirken, daß der Retinent binnen einer peremtorischen Frist sein Recht erweise; er sagt: „Ne tamen hoc ipsum (das jus retentionis bei illiquiden Foderungen) in calumniam vertatur, judex nostra quidem opinione creditori injungere potest, ut intra spatium peremtorium probationem juris sui suscipiat, ea lege, ut, si vel male fungatur probatione aut eam suscipere plane negligat, jure retentionis penitus excidat." Schnorr giebt also sogar selbst dem Schuldner der Foderung des Retinenten das fragliche Nöthigungsrecht.

Ich kann weder die Meinung des Fafelius noch Schnorr theilen, halte vielmehr dafür, daß die gestellte Frage unbedingt verneint werden müsse und zwar aus folgenden Gründen.

Dem debitor selbst kann man unmöglich ein solches Nöthigungsrecht geben, da kein Gesetz ein solches unterstützt und dasselbe dem gesetzlichen Rechte des Gläubigers, nach Willkühr innerhalb des Zeitraums der Exstinctivverjährung seine Foderungen klagend zu verfolgen, zuwiderläuft. Könnte überall an dieser gesetzlichen Befugniß eines jeden Gläubigers eine Rücksicht auf blose Billigkeit etwas ändern, so würde auch in dieser Hinsicht eine solche dadurch beseitigt, daß ja der Schuldner, durch Be-

friedigung der Foderung das Retentionsrecht zu vernichten, die ſicherſte Möglichkeit in der Hand hat, auch für den Fall jenſeits ſich angemaaßter, von ihm für ungegründet gehaltener Foderungen die Hülfsmittel der provocationes ex lege diffamari und si contendat, auch der actio negatoria, jeden Falles aber die vindicatio rei retentae ausreichende Mittel bieten, den Retinenten zur zeitigen Wahrmachung ſeiner Anſprüche im ordentlichen Laufe der Geltendmachung der Foderungen zu nöthigen, ohne daß es eines ſo außerordentlichen remedii, wie Schnorr es vorſchlägt, bedürfte. Aber auch dem Retentionsgegner, welcher nicht der Schuldner der Foderung iſt, für welche retinirt wird, kann man nach dem Grundſatze: pactis standum est, das Recht nicht einräumen, den Gläubiger und Retinenten zu Einklagung ſeiner Foderung mit präjudicieller Wirkung für die Fortdauer des Retentionsrechtes zu nöthigen. Der Dritte, welcher für eines Andern Schuld ſeine Sache in retentionem gab, verpflichtete ſich, dieſelbe ſolange in des Gläubigers Hand zu laſſen, bis deſſen Foderung befriedigt oder ſonſt getilgt ſey. Jedem Verlangen, dieſer obligatio früher ſich zu entziehen, ſteht die exceptio pacti conventi entgegen. Man könnte vielleicht erwiedern: hat doch auch der Bürge das Recht, den Gläubiger zur Klagerhebung gegen den Schuldner zu provociren, und zwiſchen jenem Dritten und dem Retinenten ſcheint doch ein ganz analoges Verhältniß ſtatt zu finden. Vorerſt iſt das Recht des Bürgen zu dieſer Provocation ſelbſt nicht geſetzlich begründet und nur von der Praxis eingeführt [3]); ſodann aber iſt zwiſchen dem Retentionsgegner und dem Bürgen ein hier einflußreicher weſentlicher Unterſchied. Nicht zu gedenken, daß das jus retentionis nicht blos zur Sicherſtellung der Foderung, ſondern hauptſächlich zur Anregung des Schuldners für Befriedigung der Foderung

3) Thibaut Syſt. ed. 8. §. 612. Not. t. v. Wening Ingenheim Lehrb. III. §. 363. Schweppe röm. Privatr. ed. 4. §. 511. in fine col. §. 510. in fin. Die Vorſchrift der l. 62. D. de fidejussor. 46, 1. widerſpricht jenem nur von der Praxis unterſtützten Rechte des Bürgen, und redet ex analogia der Meinung unſeres Textes viel eher das Wort, da hier bei dem Retentionsrechte eine ſolche Praxis ſich nicht ausbildete.

Digitized by Google

dient (s. oben §. 73.), und darum schon zwischen ihm und der Bürgschaft ein Unterschied vorhanden ist, so hat doch der Bürge als solcher die Pflicht übernommen, die Schuld qu. selbst zu bezahlen, während der Retentionsgegner weder sich noch seine in retentionem gegebene Sache mit einer ähnlichen Pflicht belastete. Will der Bürge dieser Zahlungspflicht ledig werden, und provocirt er deshalb zur Geltendmachung der verbürgten Foderung, so handelt er nicht gegen den Bürgschaftsvertrag, denn er verband sich ja nur zu einer Haftung, die er nur schneller entschieden wünscht. Die nach dem Vertrage übernommene Hauptpflicht des Bürgen ist die eigene Zahlung der Foderung, für welche die Zeitdauer der obligatio nur folgbar von Interesse wird. Dagegen aber würde der Retentionsgegner offenbar gegen seine vertragsmäßig übernommene Verbindlichkeit, die res qu. bis zur Befriedigung der Foderung in retentione zu lassen, handeln dürfen, sobald er das Recht haben sollte, nichtsdestoweniger dem Retinenten die Bedeutung richterlich zugehen zu lassen, er solle seine Foderung binnen einer gewissen Frist geltend machen, widrigenfalles das (doch auf solange, als die Foderung besteht) bestellte Retentionsrecht erlösche. Die Zeitdauer der obligatio ist hier gerade durch den Retentionsvertrag auf die Zeit der Existenz der Foderung normirt, und bildet in dieser Normirung (anders als wie bei dem Bürgschaftscontract) den wesentlichsten Inhalt dieses Vertrages.

Hat der Retentionsgegner dem Retentionsrechte an der Sache im Vertrage selbst nur eine bestimmte Zeit gestellt, so versteht es sich solchen Falles von selbst, daß nach Verlauf dieser Zeit das jus retentionis voluntarium erlöschen ist, wenn auch die Foderung qu. noch nicht getilgt seyn sollte. Doch hiervon unten §. 89. lit. b) ein Mehreres.

§. 85.

Kann das Retentionsrecht auf Andere übertragen werden?

Es ist Folge der accessorischen Natur des Retentionsrechtes (s. oben §. 16.), daß dasselbe jeden Falles nicht ohne das Fode-

rungsrecht, für welches es in Wirkung iſt, übertragen werden kann [1]), um ſo mehr, als die Foderung ja ſelbſt ein Requiſit des Retentionsrechtes iſt, was alſo ohne ſie nicht zu beſtehen vermag [2]). Mit der Foderung qu. dagegen kann daſſelbe nicht nur arg. l. 59. u. 62. D. de reg. jur. 50, 17. vererbt, ſondern auch *titulo singulari* auf Andere übertragen werden [3]). Unbezweifelt gehört das jus retentionis zu den Vermögensrechten, welche, da der Erbe nur die Perſon des Erblaſſers repräſentirt, mit dem Vermögen deſſelben activ auch auf den Erben ohne Weiteres per universitatem übergehen; und inſofern der Erblaſſer einzelne Vermögensrechte Einzelnen vermachen kann, kann er auch das Retentionsrecht ſammt der einſchlagenden Foderung durch Vermächtniß auf Andere übertragen. Ebenſo ſteht auch nichts im Wege, das Retentionsrecht mit der Foderung an einen Singularſucceſſor zu cediren. Nicht blos die bisherige Doctrin, ſondern auch die Natur der Sache und ausdrückliche geſetzliche Belege unterſtützen dieſes. Da auch nicht

---

1) Mühlenbruch Lehrb. §. 497. I. 3. Deſſen Ceſſion §. 28.

2) Faſelius a. a. O. §. 34. princ. *Schnorr* l. l. §. 16. nom. IV.

3) *Brunnemann* und *Bartolus* ad Leg. 14. D. com. div. 10, 3. *J. Mynsinger* observ. centur. VI. obs. 82. num. 3. *Negusantius* in tract. de pignor. membr. 4. part. 5. num. 5. u. 23. *Jason* ad leg. 26. §. 4. D. de cond. ind. 12, 6. *Rosenthal* de feud. cap. X. conclus. 43. num. 38. u. glossa dazu lit. Z. pag. 313. columna I. in fine. II. princ. *Carpzov* p. 2. const. 25. def. 16. *Lynker* resp. Vol. I. resp. 58. num. 20. *Voet* Com. ad Pand. L. 16. tit. 2. §. 20. in fin. *Berlich* conclus. part. 2. conclus. 32. num. 7—12. *Richter* de jure retent. th. X. pag. 296. columna II. (in deſſen Velitat. academicis). *Mollgnatus* l. l. qu. 81. 91. 344. *Mich. Koenig* (sub praes. *Reusnero*) disput. de jure retentionis. §. 17. nom. (7). §. 28. num. (7). *G. Ch. Steinhauserus* (sub praes. *Schwendendörfero*) diss. de retentione. §. 37. *G. Ch. Meusell* (sub praes. *Romano*) disput. de jure retentionis. thes. 30. 31. *Strecker* de eo quod justum est circa jus retentionis. §. 26. Faſelius a. a. O. §. 34. Glück Com. Bd. 15. S. 122. §. 936. in fin. Ein aus der Nichtceſſibilität des ususfructus hergenommener Gegengrund iſt gründlich ſchon widerlegt durch *Berlich* l. l. u. *Meusell* l. l. Jeden Falles paßt kein Schluß von dieſer Servitut auf das jus retentionis.

klagbare Rechte, welche nur durch Exceptionen geltend gemacht werden können, cessibel sind [4]), wie wir sahen aber gar manche Foderungen nicht durch Klage, sondern nach der gesetzlichen Vorschrift nur durch die Einrede der Retention verfolgt werden dürfen (s. oben §. 82. sub a) u. Not. 8.), so ist es auch ganz consequent, daß bei solchen Foderungen, wenn sie cedirt werden, auch das remedium exceptionis, wodurch sie verfolgbar sind, mit übertragen werde. Einen durchaus schlagenden Beleg liefert uns l. 14. §. 1. D. com. div. 10, 3. verb.:

„Impendia autem, quae, dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo judicio mecum agetur, aequitate ipsius judicii retinere possim, considerandum est? Quod quidem magis puto: qua bonae fidei judicium est communi dividundo. *Sed hoc ita, si mecum agatur. Ceterum, si alienavero partem meam, non erit, unde retinere possim. Sed is, qui a me emerit, an retinere possit, videndum est: nam et si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita, ut ego, poterat retentionem facere: et verius est, ut in hac specie expensae retineantur.*"

Diese lex behandelt einen Fall, in welchem der Gläubiger nach der Strenge des Rechts kein Klagrecht, sondern nur das remedium retentionis zu Geltendmachung seiner in, für ein Grundstück gemachten Aufwänden bestehenden, Foderungen hatte [5]), welche Foderung aber durch Verkauf des Grundstücks auf einen

4) Mühlenbruch Lehrb. §. 497. princ. Dessen Cession ed. III. §. 22. num. III. S. 252—254. früh. ed. §. 18. III. S. 210—212. v. Wening Ingenheim III. §. 46.

5) Glück Com. Bd. 11. S. 152 sq. W. Frunke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. Erste Abth. Abhandl. 2. über Retentionsrecht gegen dingliche Klagen. Göttingen 1828. worin das Retentionsrecht ex lege 14. §. 1. cit. ausführlich und scharfsinnig entwickelt wird. S. 58. 59. *Gothofred* in not ad l. 14. §. 1. D. 10, 3.

Andern mit übergegangen war. Dieſem successor singularis nun ſoll nach der lex in Folge der käuflichen Grundſtücks-Erwerbung auch das jus retentionis ſeines Autors dictorum impendiorum nomine mit erworben ſeyn und gegen die vindicatio fundi zuſtehen. Daß alſo titulo singulari das jus retentionis ſammt der Foderung auf einen Andern übertragen werden könne, ſpricht der Fall dieſes Geſetzes überzeugend aus, daher auch faſt alle in Not. 3. citirten Rechtslehrer dieſes Geſetz für ihre Behauptung, daß das Retentionsrecht cedirt werden könne [6]), anziehen.

Es wird über die Bedeutung der geſetzlichen Vorſchrift mehr Licht verbreiten, wenn wir über den Grund der Beſtimmung darin noch einige Worte hinzufügen. Franke (a. in Not. 5. a. O.) ſagt darüber Folgendes. „Der Vindicant ſoll ſich nicht ohne allen Grund zum Nachtheil eines Dritten bereichern. Am klarſten fällt dieſes in die Augen in Fällen, da der Beſitzer ſeinen Autor auf Eviction belangen kann. Hier muß zur eigenen Sicherheit des Autors, welcher den Aufwand machte, das Retentionsrecht dem Beſitzer gegeben werden, mit deſſen Aufwand ſonſt der Vindicant ſich widerrechtlich bereichern würde. Und der Erfolg des Retentionsrechts iſt dann, daß der Käufer jetzt um ſoviel weniger, wie er durch das Retentionsrecht vom vindicirenden Eigenthümer erhielt, von ſeinem Autor als Evictionsleiſtung fodern kann, wodurch die ganze Sache ausgeglichen iſt." Nach dieſem Grunde verſagt Franke arg. leg. 11. §. 15. D. 19, 1. — l. 9. 29. pr. l. 41. §. 1. D. 21, 2. — l. 26. §. 3. D. 17, 1. — l. 10. §. 13. l. 12. pr. D. 21, 1. dem vom Vindicanten beklagten Beſitzer das jus retentionis quaestionis auch dann nicht, wenn derſelbe aus lucrativen Gründen, etwa weil er die Sache geſchenkt oder erblich vermacht erhalten hatte, die Sache qu. erwarb, und darum keinen Evictionsanſpruch an ſeinen autor formiren kann; denn

6) Ich ſollte meinen, dieſe lex 14. §. 1. D. 10, 3. enthielte auch den unmittelbarſten Geſetzes-Beleg für die Ceſſibilität nicht klagbarer Foderungen, den Mühlenbruch Ceſſion S. 253 sq. (211 sq.) noch vermißt.

es würde sonst nicht der beklagte Besitzer, sondern der Vindicant gegen die Intention des Schenkers oder Erdlassers beschenkt erscheinen. Dagegen versagt er dieses jus retentionis dem Besitzer dann, wenn ihm deshalb eine Klage auf Evictionsleistung nicht zustehet, weil er wissentlich eine fremde Sache gekauft hat. „Denn" — fügt Franke hinzu — „diese exceptio retentionis kann aus eigenem Rechte dem Besitzer nicht zustehen, sondern nur, wenn eine Berücksichtigung des Autors selbst dieses erheischt; dieser ist aber hier durch seine Veräußerung so wenig juristisch dabei als factisch interessirt, wie er es in dem Falle der Schenkung allerdings ist. Es fehlt hier deshalb an jedem Grunde, eine dem Autor eigentlich erworbene Einrede auf den Successor zu übertragen."

So richtig alle diese Bemerkungen von Franke sind, so möchte es der Sache doch wohl noch etwas näher treten, wenn man den Grund der Bestimmung in l. 14. §. 1. cit. auf folgende Weise sich erklärt. Im Verhältniß zum Vindicanten und seinem autor erscheint der Käufer des fundi ähnlich wie der Cessionar im Verhältniß zum debitor cessus und Cedenten; der Käufer kann daher im Evictionsproceß zur Vertheidigung seiner Rechte sich aller Einreden ex persona seines Autors bedienen, weil mit dem übertragenen Rechte auf den successor singularis Alles übergeht, was zum Schutz desselben dient. Um dem Autor Gelegenheit zu geben, aus seiner Person dem beklagten successor singularis alle Schutzmittel zu porrigiren, muß dieser ihm den Streit verkündigen; vorher und nachher aber schon darf der Verklagte aller solcher ihm bekannt gewordenen Einreden sich bedienen, wenn auch der autor sie nicht speciell überwies und dem Prozesse sich nicht beigesellte. Durch solche Einreden wird arg. l. 2. l. 3. §. 1. D. de except. vend. 21, 3. allerdings nur selbst des Autors Vortheil für Abwendung oder Minderung der Folgen der Eviction befördert, wie Franke sehr richtig bemerkt; allein dieser Vortheil für den autor ist es nicht sowohl, was dem successor die Befugniß zur exceptio retentionis bringt, sondern diese ruht in dem Rechte des successoris, sein überkommes

nes Recht mit allen Rechten zu vertheidigen, welche das Recht des Autors auf die veräußerte Sache ſchützten [7]). Einreden, welche ſolche Rechte geltend machen, erſcheinen als exceptiones rei cohaerentes, die gleich den Einreden, welche dem Ceſſionare ex persona cedentis zuſtehen, auf den successor singularis mit der Sache übergehen, daher hier, ſo verſchieden auch ſonſt die Zuſtände zwiſchen Eigenthums- und Foderungs-Uebertragung ſeyn mögen, analoge Verhältniſſe vorliegen. — Daß derjenige, welcher wiſſentlich eine fremde Sache gekauft hat, die exceptio retentionis qu. nicht nutzen kann, iſt wohl nicht die Folge eines mangelnden Grundes, eine fremde Einrede zu gebrauchen, ſondern die einfache Folge des Verhältniſſes, daß dann ex persona autoris, (dem ja keine Einrede aus ſeiner durch den Kaufpreis ihm ja getilgten Foderung für Aufwand in die Sache mehr zuſteht, auch keine, dieſe Einrede wiederbelebende Gewährleiſtung droht) die fragliche Einrede überall gar nicht mehr exiſtirt. Aus eigener Perſon hat ſie, wie Franke ſchon ſagt, der successor singularis nicht, und in der Perſon des Autors erloſch ſie, als der successor durch Zahlung des Kaufgeldes für die von ihm wiſſentlich als fremde erkaufte Sache dem autor für alle Zukunft Befriedigung gab. Aus getilgten Foderungen läßt ſich auf Befriedigung derſelben weder klagen, noch excipiren. Kannte der successor die Sache als fremde nicht, ſo wird die Gewährleiſtungspflicht des Autors die Einrede qu. wieder exiſtent machen, da dieſe Pflicht in dieſer Beziehung die Lage deſſelben wieder in den Zuſtand vor dem Verkauf der Sache zurückführt. Was mithin die Kaufgeldzahlung in jenem Falle zur Vernichtung der Einrede wirkte, wirkte ſie nicht auch in dieſem.

---

7) M. vergl. hieher Mühlenbruch Lehrb. §. 498. Not. 8). §. 499. princ. §. 500. I. princ. u. III. u. §. 409. Not. 5. Deſſen Ceſſion §. 37. S. 418 sq. (früh. ed. S. 391 sq.) §. 54. §. 55 §. 56. §. 63. Glück Com. Bd. 16. S. 406. Franke im Arch. f. civ. Prax. Bd. 16. S. 427 sq. 430. 431. l. 177. D. de reg. jur. verb.: Qui in jus alterius succedit, ejus jure uti debet.

§. 86.

Kann derjenige, welcher eine Foderung titulo singulari erwarb, verlangen, daß ihm ein dafür dem autor zugeſtandenes Retentionsrecht mit abgetreten werde?

Fafelius a. a. O. §. 34. unterſcheidet, auf *Berlich* und *Strecker* ſich ſtützend, bei Beantwortung dieſer Frage, ob der Ceſſionar die Foderung gekauft habe, oder nicht. Im erſtern Falle ſoll er arg. leg. 6. und 23. pr. D. de hered. vel act. vend. 18, 4. verlangen können, daß ihm das Retentionsrecht, folglich die res retenta zu deſſen Ausübung, mit übertragen werde; im letztern Falle dagegen ſoll dieſes von der Willkühr des Cedenten abhängen. Warum hier zwiſchen einer Ceſſion mittelſt Kaufs, oder eines andern Geſchäfts ein Unterſchied gemacht wird, iſt nicht zu entnehmen und wohl nicht zu vertheidigen, da der Uebergang des Rechtes lucrativo titulo auf die hier einſchlagenden Grundſätze über Ceſſionen modificirend nicht einwirkt [1]).

Daß Alles, was zu einer Foderung weſentlich gehört, auf den Ceſſionar übergehe, iſt ein unbeſtrittener Satz; nun iſt aber, wie Mühlenbruch lehrt, an einer Foderung auch das weſentlich, was ſich auf die Erfüllung und auf die dem Gläubiger zu Gebote ſtehenden Mittel, dieſe herbeizuführen, bezieht. Da nun, fährt Mühlenbruch fort, eine Foderung durch Ceſſion ihre Natur nicht verändert, ſondern bis zu ihrem Aufhören als die des urſprünglichen Gläubigers betrachtet wird, ſo folgt von ſelbſt, daß Alles, was nach der eben gegebenen Darſtellung weſentlich an einer Foderung iſt, es auch für den Ceſſionar ſeyn müſſe, daß dieſer alſo das abgetretene Recht gerade ſo geltend machen könne, wie es der Gläubiger gekonnt hätte [2]). Ferner: der Cedent muß, wenn er zur

1) Mühlenbruch Ceſſion §. 17. S. 206. in fin. 207. princ. §. 56. S. 564. princ. §. 60. S. 595 sq. (ed. III.) (S. 180. in fin. 181. princ. S. 517. in fin. S. 518. princ. früh. ed.)

2) Mühlenbruch Ceſſion §. 56. S. 555. 556. (ed. III.) S. 507 sq. (früh. ed.)

Abtretung einer Foderung verpflichtet iſt, auch alle dazu gehörigen, namentlich auch die zur Sicherheit der Foderung dienenden acceſſoriſchen Rechte mitcediren, z. B. das Pfandrecht [3]). In l. 6. D. cit. 18, 4. heißt es ausdrücklich:

> Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet: ejus quoque, quod postea venditor accepit: *nam beneficium venditoris prodest emtori.*

und in l. 23. pr. D. ib.:

> venditor actionis — *omne* jus, quod ex ea causa ei competit — cedere debet.

Nach dieſen Grundſätzen halte ich mich zu der Anſicht veranlaßt, daß der Ceſſionar eines Foderungsrechtes, wofür dem Cedenten ein Retentionsrecht zuſtand, wenn bei der Ceſſion der Foderung dieſes nicht ausdrücklich von dem Umfange des Cedirten ausgenommen wurde, zu verlangen befugt iſt, der Cedent ſolle ihm die res retenta zur Ausübung des jus retentionis übergeben. Die Retentionsbefugniß iſt gleich dem Pfandrechte, wie wir ſahen, ein Mittel, welches die Erfüllung der Foderung herbeiführen ſoll, und ein zur Sicherheit derſelben mit dienendes Recht. Ferner kann entſchieden nicht widerſprochen werden, daß das jus retentionis in den Fällen (ſ. oben §. 82. lit. a.) mit Not. 8.) in denen nach dem Ausſpruche der Geſetze nur durch die exceptio retentionis die Foderung geltend gemacht werden kann, dieſe Einrede ebenſo weſentlich zur Foderung gehört, als die actio, womit klagbare Foderungen verfolgt werden. In dieſen Fällen gehört namentlich auch die im vorigen §. beurtheilte l. 14. §. 1. D. com. div. 10, 3.; in ihrem Falle war die Foderung der impendia auf den emtor mit übergegangen, daher folgbar auch ihm — wie viele der in §. 85. Not. 3. citirten Rechtslehrer ſagen, abs-

3) Mühlenbruch Ceſſion §. 37. Num. VI. §. 44. n. 10. (früh. ed. §. 43. n. 8.) u. §. 56. cit. S. Vergl. auch noch die in Not. 7. zu §. 85. citirten Stellen, welche lehren, daß alle Befugniſſe, welche dem Cedenten in Beziehung auf das abgetretene Recht ſelbſt zuſtehen, ſelbſt ſolche, die auf einem jus singulare beruhen, auf den Ceſſionar übergehen. Schweppe röm. Priv.R. §. 400. l. 6. u. 23. D. de her. vel act. vend. 18, 4.

que cessione d. h. ohne ausdrückliche Cession, — schon necessitate juris [4]) das jus retentionis mitcedirt galt und gegen den Vindicanten zustand, weil es das einzige Rechtsmittel der Geltendmachung der Foderung war. Es ist demnach diese l. 14. §. 1. cit. auch der zutreffendste gesetzliche Beleg für die hier vertheidigte Ansicht. Was in klagbaren Obligationen die Klage, das ist in nicht klagbaren, nur durch exceptio retentionis zu verfolgenden, diese exceptio. Nicht minder wird man zugeben müssen, daß der mandans und dominus negotiorum gestorum das zu Gunsten ihrer Foderung vom Mandatar oder negotiorum gestor erworbene Retentionsrecht, und ebenso, daß der Vermächtnißnehmer von dem Erben das zu Gunsten der legirten oder sonst vermachten Foderung bestehende jus retentionis, mithin auch die res retenta übertragen verlangen dürfen, da der Geschäftsführer an seinen Principal alles abtreten und herausgeben muß, was er für dessen Interesse erwarb, und der Erbe nichts zurückhalten darf, was zur Geltendmachung des vermachten Rechtes gehört und dafür vom Erblasser besessen wurde [5]), es sey denn, der Erblasser hätte das jus retentionis vom legatum nominis ausdrücklich ausgenommen.

Wenn man der Meinung ist [6]), das Retentionsrecht gehöre nicht zu dem Umfange des Foderungsrechtes, wenn es auch zu mehrerer Sicherheit desselben mit der Foderung verknüpft sey, so ist diese Ansicht schon in den bisherigen Entwickelungen dieses §. widerlegt, und nach Analogie der gesetzlichen Vorschriften über Pfandrecht auch den Gesetzen entgegen. Denn obschon das Pfandrecht, indem es selbst zur Befriedigungsnahme aus der verpfändeten Sache führt, noch größere Sicherheit, als das Retentionsrecht zu leisten vermag, so ist doch hier die Stärke der

4) Mühlenbruch Lehrb. §. 498. Cession §. 36. 37. 43. 44. Schweppe röm. Priv.R. §. 399. 403. *Meusell* l. l. th. 30.

5) Mühlenbruch Cession §. 37. Nr. I. u. II. v. Wening Ingenheim Lehrb. III. §. 254. 259. V. §. 237. Schweppe röm. Priv.R. §. 925.

6) *Schnorr* l. l. §. 16. Num. IV. Mühlenbruch Cession. §. 57. zu Ende.

Sicherheitsgewährung nicht das Weſentliche, vielmehr iſt hier nur weſentlich, daß Pfand- und Retentionsrecht acceſſoriſche, Sicherheit der Foderung befördernde Rechte ſind, daher hier (ſ. oben §. 11. 12. 13.) mit Fug von den bei dem Pfandrechte geltenden Grundſätzen auf das Retentionsrecht geſchloſſen werden darf. Die l. un. C. etiam ob chirogr. pec. 8, 27. ſteht, wie Mühlenbruch Ceſſion §. 57. zu E. zu meinen ſcheint, dieſen Grundſätzen im Mindeſten nicht entgegen. Daß nämlich nach ihr das jus retentionis des primus creditor auf den secundus nicht übergeht, liegt nicht in dem Verhältniſſe, weil etwa das Retentionsrecht mit der Foderung, wofür es der primus creditor beſaß, nicht zuſammenhänge, ſondern darin, daß der secundus creditor, der Ceſſionar, die Foderung, wofür das jus retentionis beſtand, die pecunia chirographaria, nicht abgetreten erhielt, indem er dem primus creditor den Werth derſelben nicht mitbefriedigte, daß folglich auch das jus retentionis qu., welches ja, wie wir ſahen, ohne die ſtragliche Foderung nicht ceſſibel iſt, auf ihn nicht übergehen konnte. S. übrigens hieher noch oben §. 71. lit. g.) mit Not. 17. Daß das jus retentionis ein jus personale iſt, kann der Ceſſibilität deſſelben, (wie Schnorr meint) nicht entgegenſtehen, da ja bekanntlich perſönliche Rechte ceſſibel ſind, und der Ceſſion am häufigſten unterliegen.

§. 87.

Schließt das jus retentionis die ſubſidiären Klagen aus?

Dieſe von Schneider in ſeiner civ. Abhandlung über die allgemein ſubſidiären Klagen des römiſchen Rechts. Roſtock 1834. beurtheilte Frage verdient hier eine Stelle, da ſie die Kraft der Wirkung unſeres Retentionsrechtes zum Schutz der ihm verwandten Foderungen in einer practiſchen Anwendung zeigt. Schneider lehrt: das römiſche Recht kennt nur folgende Rechtsmittel, denen der Character der allgemeinen Subſidiarität beigelegt iſt: 1) die extraordinaria cognitio, 2) die stipulatio damni infecti nomine, 3) die in integrum restitutio, 4) die actio

doli mali, 5) die actio quod metus causa nach einem annus utilis von Zeit der geschehenen Gewaltthätigkeit, 6) die querela inofficiosi testamenti, 7) die querela inofficiosae donationis und 8) die actio funeraria. Alle diese Rechtsmittel nun sollen nicht blos durch Klagen, welche jene Rechtsmittel entbehrlich machen, sondern auch durch Einreden gleicher Wirkung ausgeschlossen werden, und bei letztern untersucht Schneider auch die dem Retentionsrechte in dieser Beziehung mögliche Wirkung. Er sagt: das Retentionsrecht schließt dann die subsidiären Rechtsmittel aus: a) wenn die Foderung zugleich in petitione und retentione ist, d. i. wenn ihr nicht nur eine Klage, sondern auch die Einrede der Retention zur Verfolgung zusteht, b) wenn sie blos in retentione ist, und dem Retinenten eine Quote der herauszugebenden Sache gebührt, oder er doch vorzugsweise aus der Sache selbst die Tilgung seiner Foderung verlangen kann. In beiden Fällen kann der Vermögensnachtheil, den die subsidiären Rechtsmittel voraussetzen, ohne diese Mittel schon sicher gehoben werden. Dagegen schließt das Retentionsrecht die subsidiären Rechtsmittel nicht aus, wenn c) die Foderung blos in retentione ist, ohne daß die Retention zugleich auch der unter b) angegebenen Wirkung mit theilhaftig sey, wenn also unser Retentionsrecht lediglich mit der ihm, als solchen, eigenthümlichen Wirkung, die wir oben §. 73. geschildert haben, statt findet. Diese Wirkung des Retentionsrechtes, die Anregung des Schuldners zur Zahlung und die Sicherung derselben, führt, wie wir oben auch entwickelten, nicht sicher und mit Nothwendigkeit zur Tilgung der Foderung, da der Retinent immer noch Klage erheben muß, wenn er bei unterbleibender Zahlung befriedigt seyn will; ebenso gewährt ja diese Retention kein Dispositionsrecht über die res retenta, daher hier zur Befriedigung der Foderung mit ihr gar nichts Genügendes geschehen kann [1]). Ich urtheile über diese

1) Schneider a. a. O. S. 51. 107 seq. u. S. 159—165. Ueber die Fälle, wo blos retentio, und wo actio u. retentio statt findet, siehe *Koenig* l. l. §. 24—28. incl.

Lehre des Schneider folgendergeſtalt. In den Fällen unter a) iſt es in der That nicht die retentio, ſondern die petitio, die Klage, welche das ſubſidiäre Rechtsmittel ausſchließt; denn in der Klage nur liegt hier die ſichere Möglichkeit der Aushilfe, während die *retentio* auch hier mehr dafür zu leiſten nicht vermag, als in dem Falle sub c). Bei dem Falle unter b) müſſen wir uns deſſen erinnern, was wir oben §. 4. 52. 54. u. 62. med. geſagt haben. Für die Retention als ſolche iſt der Umſtand, daß die res retenta dem Retinenten für ſeine Foderung ſelbſt haftet (ſiehe oben §. 62. sub a) bei Not. 4. und b)) ganz bedeutungslos. Inſofern daher der Gläubiger aus ihr ſelbſt Befriedigung nehmen, alſo ohne remedium subsidiarium ſich helfen kann, inſofern nutzt er neben der retentio noch ein anderes im Verhältniſſe liegendes Element, wovon die Folge iſt, daß auch im Falle b) nicht die exceptio *retentionis* als ſolche das die ſubſidiären Rechtsmittel ausſchließende remedium iſt. Nicht die retentio, ſondern das mit ihr zufällig verbundene Recht der deductio oder compensatio bewirkt hier die Ausſchließung. Unter ſolchen Betrachtungen wird man zu dem Reſultate geführt, die Frage des Paragraphen unbedingt zu verneinen. In practiſcher Bedeutung weicht meine Anſicht von der Schneiderſchen nicht ab, da ich zuſtimme, daß in den Fällen sub a) und b) die ſubſidiären Rechtsmittel ausgeſchloſſen ſeyen; in theoretiſcher Beziehung aber vermag ich nicht der in dieſen Fällen allerdings vorkommenden retentio, ſondern nur andern daneben ſich findenden Zuſtänden dieſe Wirkung zuzuſchreiben. Mit der Lehre sub c) bin ich völlig einverſtanden.

Abſchnitt VI.

Von der Erlöſchung des Retentionsrechtes.

§. 88.

Allgemeine Bemerkungen.

Wir können die Art und Weiſe, wie das Retentionsrecht erlöſcht, nach ſeinem weſentlichen Inhalte (ſ. oben §. 17.) auf drei Claſſen zurückführen. Das Retentionsrecht erlöſcht nämlich 1) durch Wegfall des Rechtsgrundes zum Retentionsrecht 2) durch Verluſt des Beſitzes der zu retinirenden Sache 3) durch Wegfall der Foderung, für welche retinirt wird. Es kann nicht wohl einen Fall der Erlöſchung des Retentionsrechtes geben, welcher nicht in dieſe drei Branchen ſchon ſich einclaßte, da ſie die Lebensprincipe des Retentionsrechtes erſchöpfen. Wollte man etwa den Wegfall der Perſon des Retinenten als einen ſolchen, eine vierte Claſſe bildenden anſehen, ſo hätte man nicht recht; denn fällt die Perſon des Retinenten auf eine ſolche, allein hier doch nur erhebliche Weiſe weg, daß ſie durch keinen successor universalis oder singularis in der Retention ergänzt wird, ſo wird die res retenta beſitzerlos geworden ſeyn, und der Fall dieſer Erlöſchung des Rechts würde unter Claſſe 2) gehören. Die aufgeſtellten drei Claſſen können auch nicht als neben einander unnöthig gehäuft erſcheinen, da es ſich bei jeder denken läßt, daß der Fall der andern neben ihr gar nicht eingetreten ſey. Die zu den drei Claſſen gehörigen einzelnen Fälle haben eigenthümliche Schwie-

rigkeiten; auch erfodert es die anſchauliche Ueberſicht, die wichtigſten derſelben einzeln aufzuzählen, daher wir uns jetzt mit der ausführlichern Beurtheilung der Fälle einer jeden Claſſe beſchäftigen wollen. Ich werde hierbei nicht alle möglichen allgemeinrechtlichen Fälle, wie Rechte verloren gehen können, erwähnen; ich müßte ſonſt die ganze Lehre von Aufhebung der Obligationen hier wiederholen. Was ſich von allgemeinrechtlichen Grundſätzen leicht von ſelbſt verſteht, oder in Beziehung auf unſern Gegenſtand der Unterſuchung dieſer Blätter keine beſondere Bemerkung bietet, übergehe ich, beſonders zu berühren [1]).

§. 89.

I. Wegfall des Rechtsgrundes des Retentionsrechtes.

Hieher zähle ich folgende Fälle: a) Entſagung, b) Zeitablauf, c) Reſolutivbedingung, d) Wegfall des Rechts des Verleihers und jedes Retentionsgegners, e) Selbſthülfe, f) Novation. Auch gehört hieher die Unterſuchung dreier ſehr ſtreitigen Fragen: g) iſt der Retinent verbunden, gegen Cautionsleiſtung ſein Retentionsrecht aufzugeben? h) erlöſcht das Retentionsrecht durch Mißbrauch der Sache, die retinirt wird? i) erlöſcht das Retentionsrecht durch einen über den Schuldner und reſp. Retentionsgegner ausgebrochenen Concursproceß? Daß alle dieſe Fälle des fraglichen Retentionsverluſtes nur aus der Frage über die Hinfälligkeit des Rechtsgrundes der Retention abfließen, leuchtet ein, wenn man erwägt, daß bei keinem zugleich auch der Wegfall des Sachbeſitzes oder der Foderung vorhanden zu ſeyn braucht, und daß es ſich bei jedem nur darum handelt, ob Vertrag, Teſtament oder Geſetz das concrete jus retentionis noch fortan unterſtützen.

In Bezug auf

a) die Entſagung [1])

habe ich nur Folgendes zu bemerken, da ſie ſich im Uebrigen auch

1) Man vergl. hieher: v. Wening Ingenheim I. §. 29. III. §. 109 — 143. Schweppe röm. Priv.R. §. 152. 153. Mühlenbruch Lehrb. §. 118 — 122. 465 — 481.

1) *Faber* de error. pragm. dec. 1. error. 9. und in Cod. ad l. un.

hier nach ihren allgemeinrechtlichen Principien bemißt. Man sagt, sie kann arg. leg. 5. pr. l. 7. §. 2. l. 8. §. 1. D. quib. mod. pign. 20, 6. sowohl ausdrücklich, als auch arg. l. 3. D. de pactis. 2, 14. — l. 7. Cod. de remiss. pign. 8, 26. stillschweigends geschehen; letzteres ist z. B. der Fall, wenn der Retinent dem Retentionsgegner oder dem Schuldner die Sache herausgiebt, ohne sich unter Vorbehalt seines Retentionsrechts die Rückgabe versprechen zu lassen. Faselius und Schmid setzen hinzu: „ohne daß man eine andere Absicht, als daß er sich des Retentionsrechtes begeben wolle, vermuthen kann." Diesen Zusatz halte ich darum nicht für richtig, weil der Retinent, welcher wissen muß, daß er als solcher (s. oben §. 80. 81.) kein Mittel in der Hand hat, die weggegebene Sache wieder zu erlangen, schon allein durch die Hingabe der Sache eine Handlung begeht, welche auf Verzicht des Retentionsrechtes schließen läßt, es sey denn, daß er sich unter Vorbehalt seines Rechts, welcher die Vermuthung der Absicht, zu verzichten, widerlegt, die Rückgabe versprechen ließ, welchen Falles ihm aus dem Versprechen ein Rückforderungsrecht zusteht, und er in der That nach den Grundsätzen über Besitzverlust den Besitz der Sache gar nicht verloren hat, solange er nur in dem Zustande, die factische Detention zu reproduciren, sich befindet. Kein Einwand ist, die Retention könne ja mit einem andern Rechte, aus dem schon an sich Klagen auf Wiedererlangung der Sache zuständen, verbunden seyn; denn auch in diesem Falle liegt in der bloßen Hingabe der Sache eine Aufgebung der gehabten Retention, und erst mit der Rückerlangung der res beginnt das Retentionsrecht von neuem wieder. Dabei ist jedoch überall zu beachten, daß die Weggabe der Sache nicht schlüssig ist für die Annahme eines Verzichtes auf das künftige, d. i. dasjenige Retentionsrecht, welches man etwa

---

C. etiam ob chirograph. pec. 8, 15. def. 3. *Matth. Colerus* de process. exec. c. 2. p. 1. num. 221. *Lauterbach* de ret. §. 32. num. 5. 6. *Heisler* l. l. §. 22. *Schmidius* l. l. §. 42. *Meusell* (Romanus) l. l. th. 36. *Mühlpfort* (Strauch) l. l. th. 26. Not. q. *Schnorr* l. l. §. 16. II. Faselius a. a. O. §. 35.

nach rückerlangtem Sachbeſitz ex eadem causa von neuem wieder ausüben könnte; die Weggabe der Sache drückt mehr nicht aus, als daß man die gehabte Retention jetzt nicht fortſetze, ob man ſie aber auch niemals wegen derſelben Foderung wieder beginnen wolle, dieſes wird in der Handlung der zeitigen Beſitzentäußerung offenbar durch nichts angedeutet, wenn nicht noch andere Umſtände die Weggabe als eine Folge des Verzichts auf das Retentionsrecht für alle Zukunft erklären. Verzichte ſind ſtreng zu nehmen, und darum auch nur auf den gegenwärtigen, nicht auch zukünftigen Beſitz zu beziehen[2]), wenn Verhältniſſe nicht anders gebieten.

b) Zeitablauf[3]).

Dieſer modus finiendi juris retentionis kann nicht bei dem geſetzlichen, ſondern nur bei dem verwilligten Retentionsrechte vorkommen, da bei dem erſtern die Beſchränkung des Rechts auf Zeit in keinem Geſetzesfalle ausgeſprochen worden iſt. Was nun nach l. 6. pr. D. quib. mod. pign. 20, 6. vom Pfandrechte gilt, leidet auch hier auf das jus retentionis voluntarium entſchiedene Anwendung, da hier nichts entgegentritt, von einem Sicherungsmittel auf das andere zu ſchließen. Die Lehre von Faſelius, die er geſtützt auf *Hellfeld* jurispr. for. §. 1105. dahin giebt: „das Retentionsrecht erlöſche durch Zeitablauf nur, wenn nicht der Schuldner, ſondern ein extraneus der Retentionsgegner ſey; ſey dagegen der Schuldner dieſer Gegner, ſo höre daſſelbe nicht auf, wenn gleich die Zeit, auf die das Recht nur beſtellt geweſen, verfloſſen ſey, denn der Verzug dürfe Niemanden zum Vortheile werden," kann ich nicht billigen; ich hege

2) *Faber* in Cod. 8. 15. def. 3. verb.: „Neque enim videri potest creditor eo tempore — abjecisse juris communis auxilium sibi aliquando competiturum pro debito."

3) Vergl. hieher: *Berlich* P. I. conclus. 66. num. 58. *Rosenthal* de feudis c. 9. membr. 1. conclus. 18. verb.: quod autem quaestione ab hac secunda. n. 12. *Leyser* spec. 234. med. II. *Carpzov.* P. II. c. 23. def. 24. *Hellfeld* jurisprud. for. §. 1105. Faſelius a. a. O. §. 38.

vielmehr die Meinung, quia pactis standum est, erlösche das jus retentionis lapsu temporis ebenso gegen den Schuldner, wie gegen den Dritten. Ausdrücklich steht es ja voluntate partium fest, daß der Creditor über die stipulirte oder verwilligte Zeit hinaus kein jus retentionis haben solle. Der Sinn der Verwilligung ist, innerhalb des bestimmten Zeitraumes solle der Gläubiger in der Retention für Anregung des Schuldners zur Zahlung und zur Sicherung der letztern ein Mittel mehr empfangen, nach Ablauf derselben aber solle er sich auf andere Weise möglichst zu helfen suchen; und insofern der Gläubiger durch Annahme dieses so gebotenen Retentionsrechtes mit dieser Sicherung ad tempus sich begnügte, insofern erreicht auch der Schuldner nicht erst durch seine mora solvendi den Vortheil der Rückerlangung der Sache, sondern er übt dann nur sein gutes Recht aus, was er mutuo consensu für diesen Fall schon früher erworben hatte. Selbst wenn der Retinent vor dem Ende des Zeitraums auf Befriedigung seiner Foderung klagt, und vor dem Ende des Prozesses die Zeit, auf welche das Retentionsrecht bestellt war, abläuft, so geht immer das jus retinendi zu Ende, da dasselbe kein Recht zur Befriedigungsnahme aus der res retenta verleiht, und der Zweck der Anregung des Schuldners zur Zahlung durch die Klagerhebung viel kräftiger und sicherer verfolgt wird, die Klage selbst aber keine Verfolgung des Retentionsrechtes ist, welches etwa wie bei andern Rechten durch die Klaganstellung daraus vor dem Zeitablauf perpetuirt werden könnte. Zwischen der Klagerhebung auf das debitum und dem Retentionsrechte ist kein dessen auf Zeit beschränkte Dauer bedingender Zusammenhang. Was die Retention innerhalb des Zeitraumes an sich nicht erwirken konnte, darf sie eben nach Ablauf desselben nicht mehr zu erwirken versuchen, wofür es doch offenbar nur gleichgültig erscheinen kann, ob inzwischen das debitum eingeklagt worden sey, oder nicht. Nach Ablauf der Zeit ist eben nur zu sagen, der Versuch, durch Retention der Sache zur Befriedigung zu kommen, ist mißlungen. Daß der Retinent nach dem Ende des jus retinendi unter Umständen befugt seyn könne,

die Sache in gerichtlichen Beſchlag zu geben, oder ſonſt ſich zu ſichern, kann hier für die Fortdauer des Retentionsrechtes nichts beitragen, da jene Maaßnahmen nach andern Grundſätzen ſich bemeſſen (ſ. oben §. 5.).

Alles was ich hier ſagte, gilt, wie bemerkt, nur von dem Ende des juris retentionis voluntarii. Hat vielleicht der Retinent neben dem jure voluntario nach den Sachverhältniſſen auch noch ein Recht auf ein geſetzliches Retentionsrecht, ſo kann man ſolchen Falles nach den Grundſätzen über novatio privativa und cumulativa [4]) nicht annehmen, daß dieſes eo ipso außer Kraft getreten ſey, weil ein jus voluntarium hinzugekommen geweſen; und man kann darum auch nicht behaupten, lapsu temporis ſey mit dem jure retentionis voluntario auch das jus retentionis legale erloſchen. In einem ſolchen Concurrenzfalle wird daher die res quaestionis auch post lapsum temporis jure retentionis *legalis* noch ferner vom Gläubiger innebehalten werden dürfen.

c) Reſolutivbedingung und d) Wegfall des Rechts des Verleihers ſowie e) des Rechts jedes Retentionsgegners auf die res retenta [5]).

Die modi sub c) d) können auch nur bei dem jure retentionis voluntario vorkommen, da auf andere Weiſe als voluntate partium ſolche Beſchränkungen zu dem jus retentionis nicht hinzutreten können; ſie vernichten das Retentionsrecht mit ihrem Eintritte aus ähnlichen Gründen, wie bei dem Zeitablaufe, ganz gleichgültig ob es ſich dabei um eine Retention gegen den Schuldner, oder einen Dritten handele. Der Wegfall des

4) S. auch noch Vermehren im Arch. f. civ. Prax. Bd. 13. S. 43 ff. §. 4.

5) Vergl. hieher oben §. 28. u. 29. med. u. §. 77—79., woraus die Möglichkeit zu entnehmen iſt, wie der Grundſatz „resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis“ hier zur practiſchen Anwendung kommen könne. Thibaut Syſt. §. 673. *Schmidius* l. l. §. 42. num. 2. 3. *J. H. Boehmer* de act. Sect. II. c. 8. §. 99. Faſelius o. a. O. §. 37.

Rechts des Retentionsgegners auf die *res retenta* trifft mit dem in §. 77 bis 79. besprochenen Verhältnisse zusammen, wenn der Retentionsgegner später nach schon existent gewordenem jure retentionis seine dinglichen Rechte auf die Sache an einen successor singularis überträgt, und dieser sodann von dem Retinenten die res retenta vindicirt.

f) Die Selbsthülfe

läßt sich dann als modus finiendi juris retentionis denken, wenn ich aus andern Gründen, welche mein Recht auf Retention begleiten, ein Klagrecht zur Erlangung des Besitzes habe, oder wenn mein Retentionsrecht ein voluntares oder ein Recht an unkörperlichen Sachen ist, wofür ich Klagrechte besitze (s. oben §. 80. 81.). Setze ich mich in diesen Fällen, statt die Hülfe des Richters gegen Widerspruch anzurufen, selbst per vim für den Zweck der Retention in den Besitz der Sache, so gehe ich nach den Grundsätzen über die strafenden Folgen der Selbsthülfe meines Retentionsrechtes, wofür ich handelte, verlustig.

g) Die Novation

beendigt nur dann das Retentionsrecht, wenn expressim erhellet, daß das novum die Retentionsbefugniß habe verdrängen sollen und wollen. S. oben §. 89. Not. 4. Ich rede hier nicht von einer novatio in Bezug auf das einschlagende Foderungsrecht, sondern lediglich von der Veränderung des accessorischen Rechts der Retention. Inwiefern die Novation des Foderungsrechtes das Retentionsrecht beende, ist unter der Classe II. zu beurtheilen.

§. 90.

h) Ist der Retinent verbunden, gegen Cautionsleistung sein Retentionsrecht aufzugeben?

Viele Rechtslehrer[1]) sind der Meinung, diese Frage beja-

1) *Schrader* in tract. feud. part. 2. princip. 9. sect. 2. N. 31. 32. *Berlich* part. 2. concl. 32. N. 15. 16. *Carpzov* p. 2. c. 25. def. 17.

hen zu müssen; mindestens soll die Bejahung dann billig seyn, wenn die Foderung noch illiquid ist. Hierbei wird von Vielen zwischen der Liquidität der Foderung überhaupt und der Liquidität der Größe derselben unterschieden; die erstere hält man für das jus retentionis dann unbedingt nöthig, die letztere aber nicht, gestattet jedoch bei illiquider Größe der Foderung, die Retention durch Cautionsleistung zu beseitigen. *Stryk* unterscheidet noch zwischen der retentio rei propriae, wo er die cautio nicht zulassen will, und der retentio rei alienae, bei welcher er auf Illiquidität unter Umständen allerdings eine die cautio bevorwortende Rücksicht nimmt. Ist das jus retentionis in jeder Hinsicht völlig liquid, oder ist der debitor ausdrücklich nur zur Baarzahlung verpflichtet, so weist *Stryk* die Cautionsofferte unbedingt ab, was auch Andere der citirten Rechtslehrer thun. Oft, namentlich u. a. von *Voet*, *Schmid* und *Stryk* (diss. cit. c. 2. §. 17. c. III. §. 2.) wird auch dem richterlichen Ermessen im einzelnen Falle sehr viel Spielraum gegeben; jeden Falles aber wird verlangt, daß die Caution eine vollständige, oder doch der Retention gänzlich entsprechende Sicherstellung gewähre. Man bezieht sich zur Unterstützung der unsere Frage bejahenden Meinung auf l. 85. §. 2. D. de reg. jur. 50, 17. — l. 5. pr. D. de statulib. 40, 7. u. l. ult. C. de compensat. 4, 31. v. Bülow sagt: „daß übrigens die Caution gültig in die Stelle der Retention tritt, folgt aus dem Zwe-

---

Mevius P. 2. dec. 15. u. 214. P. III. dec. 368. u. 3. 4. *Leyser* spec. 175. med. 3. u. 4. *Hellfeld* jurispr. for. §. 937. *Bergeri* oecon. jur. Lib. 3. tit. 15. §. 4. Not. 9. *Heisler* l. l. §. 16. *Stryk* us. mod. Tom I. Lib. 16. tit. II. §. 16. *Idem* in diss. de possessione per cautionem non auferenda. Cap. II. §. 6 sq. §. 15 seq. u. Cap. III. *Lauterbach* coll. theor. pract. L. 19. tit. 2. § 103. *Wernher* part. 1. obs. 287. pag. 558. *Runft* l. l. §. 11. *Schmidius* l. l. § 12. *Schaumburg* comp. jur. Dig. L. 16. tit. 2. §. 9. *Pufendorf* observ. Tom. II. obs. 130. *Voet* Comm. ad Pond. L. 16. tit. 2 §. 21. *Hering* de fidejuss. cap. 15. n. 117. 118. *Mich. Koenig* (Reusner) l. l. § 18. v. Bülow cit. Abh. Th. II. Abh. 24. S. 220 sq. Nr. 3. Glück Comm. Bd. 15. S. 124. mit Not. 46. *Doering* diss. de jure Retent. n XXII. *Schlockwerder* l. l. S. XII. XIII. *Dan. Doering* de jur. ret. §. 22. Not. o.

cke derselben. Es soll nemlich die letzte ein Pfandrecht ersetzen (quasi pignoris loco est) und sie wird daher durch ein anderes gleich wirksames Sicherheitsmittel gültig vertreten; so daß also nur dahin zu sehen seyn kann, daß die Caution eine vollständige, oder doch der Zurückhaltung gänzlich entsprechende Sicherstellung gewähre. Die fragilitas cautionis, welche das römische Recht in l. 66. §. 1. D. ad S. C. Treb. 36, 1. warnend heraushebt, fällt bei uns hinweg, wo der Bürge auf Erfodern eine Hypothek zu bestellen gehalten ist, und selbst die Römer gestatteten, durch Cautionsbestellung die Retention abzuwenden, wie L. 9. §. 3. D. de damno infect. 39, 2. — L. 8. D. de incendio ruina 47, 9. zeigen."

Andere Rechtslehrer[2]), auf die durch l. 66. §. 1. D. cit. 36, 1. und l. 6. D. quod fals. tut. 27, 6. bezeugte fragilitas cautionis sich stützend, welche gesetzlich berechtige, incerto ac fragili cautionis eventui nicht zu vertrauen, wenn man res debitoris sui legitimi in Händen habe, und darauf sich berufend, daß es schwer sey, eine annehmliche Caution zu bestimmen, wenn die Größe der Foderung noch nicht constatirt erscheine, verneinen die Frage unseres Paragraphen. Man meint, es sey mehr Sicherheit in re quam cautione, atque facilior possidenti exceptio, quam non possidenti actio, daher es unbillig sey, einen justus possessor des Retentionsrechtes zu entsetzen. *Hommel* nimmt[3]) von seiner verneinenden Regel nur den Fall in l. 24. Cod. de eviction. 8, 45. aus, weil das Gesetz diese Ausnahme bestätige.

Ich halte die letztere, die Frage unseres Paragraphen verneinende, Meinung für die richtigere und zwar aus folgenden

2) *Menochius* de recuper. poss. remed. 15. n. 570. *Dan. Doering* de jur. ret. §. 2. Not. e. *Malignatus* l. l. qu. 340. *Lauterbach* de retent. §. 7. *Faber* in Cod. Lib. II. tit. 36. def. 12. Lib. III. tit. 22. def. 15. not. 4. 5. Lib. II. tit. 41. def. 42. *Schnorr* l. l. § 10. S. 18 sq. §. 16. N. VI. *Hommel* Rhaps. obs. 200. S. auch *Stryk* cit. diss. cap. II. §. 16. 17—24. et ibi citati scriptores.

3) *Hommel* l. l. obs. 87.

Gründen. Vorerst, was die von den Gegnern citirten Gesetze [4]) anlangt, so vermag die ganz allgemeine Anempfehlung der Rücksichtsnahme auf Billigkeit in l. 85. §. 2. cit. doch sicher nicht Rechte außer Kraft zu setzen, welche auf gutem Grunde ruhen, sowie auch dasjenige, was zu Gunsten der Freiheit eines Menschen in l. 5. pr. cit. bestimmt ist, eine solche Macht nicht zugetheilt erhalten, überhaupt auch nicht auf andere Rechtsverhältnisse extendirt werden kann. Auf l. ult. C. de comp. kann man sich gar nicht berufen, da sie nur von der Frage handelt, ob die Compensation eine liquide Gegenfoderung erheische, von der Frage der Caution bei illiquiden Foderungen aber gar nicht spricht. Man sehe überhaupt hierüber noch oben §. 40. und die Noten 1 bis 8. incl. — Der Grundsatz, die Sache bis zur Befriedigung der Foderung jure retentionis behalten zu dürfen, ist ganz uneingeschränkt in den Gesetzen über Retentionsrecht (siehe oben §. 73. und noch l. 33. D. de cond. ind. 12, 6. — l. 14. D. de dol. mal. exc. 44, 4. — l. 9. pr. u. §. 1. D. d. a. r. d. 41, 1. u. a. m.) ausgesprochen, daher wir willkührlich, aus einem bloßen Billigkeitsgefühle keine Unterscheidungen und Beschränkungen in die Gesetze hineintragen dürfen. Lege non distinguente judex distinguere non debet. Auch der Richter hat kein Recht, ein jus quaesitum nach seinem billigen Ermessen zu modeln. Was unbillig seyn soll, befugt noch nicht den Gläubiger zu zwingen, nach dem Billigkeitsgefühle zu handeln. Ebenso wie man den Gläubiger nicht zur Stundung der Foderung oder zur Aufgebung eines Theiles seines Pfandrechtes, oder gar zur Vertauschung des Pfandobjectes mit einem andern Objecte nöthigen kann, weil dies etwa in concreto billig sey, und resp. der bleibende Theil des Pfandrechtes zur Deckung hinlänglich schon ausreiche; ebenso kann auch die Rücksicht auf Billigkeit denselben nicht verpflichten, sein jus retentionis, was ihm wohlbegründet zusteht, gegen eine andere Sicherung hinzugeben. Es tritt noch hinzu, daß das Retentionsrecht nach §. 73. nicht blos Sicherstellung der Foderung,

4) Ueber diese Gesetze vergl. man *Stryk* cit. diss. de poss. per cant. non nuper. cap. II. §. 11. u. 15.

sondern hauptsächlich Anregung des Schuldners zur Zahlung bezweckt, daß aber gerade diese letztere in der retentio einer gewissen Sache, obschon sie nach ihrem Werthe die Foderung fast nicht, oder bei weitem weniger, als die offerirte Caution, zu sichern vermag, dennoch viel kräftiger verfolgt werden kann, weil die Sache vielleicht für den Gegner einen großen Affectionswerth hat, und er sie daher nur höchst ungern mißt, während ihm das Entbehren des Werthvollsten gleichgültig ist. Hätte v. Bülow auf diesen Zweck der Retention, die Anregung der Zahlungslust, das nöthige Gewicht gelegt, so würde ihm seine Meinung sicherlich so zweifelsfrei nicht erschienen seyn. Ueber den Sinn der Bezeichnung des Retentionsrechts mit quasi pignus, pignoris loco est sprach ich mich §. 11. und 73. schon aus. Ferner: Wer zahlen soll, kann arg. l. 4. §. 3. D. de re judicata 42, 1. — l. 10. D. de pignor. act. 13, 7. — l. 6. §. 1. D. quib. mod. pign. 20, 6. regelmäßig mit der Offerte der satisdatio nicht ausbeugen; er kann daher auch nur durch Zahlung die eine solche verfolgende retentio rei beseitigen. *Ant. Faber* l. l. def. cit. 15. num. 5. sagt: nunquam durior mea conditio fieri debet, ob id solum, quod adversarius meus satisdare paratus sit (non enim parvum commodum est possessionis ad extorquendam solutionem ab eo qui rem habere vult), nisi quibus casibus jure aut stylo nostro cautum est, ut satisdatio pro justa praestatione sit. Die Gesetzesfälle in l. 9. §. 3. D. 39, 2. und l. 8. D. 47, 9. stehen der diesseitigen Meinung darum nicht entgegen, weil in der dort erwähnten Caution gerade das Foderungsrecht bestand, dessen Befriedigung jure retentionis verfolgt wurde. Aehnlich ist es auch mit dem Falle der l. 24. Cod. 8, 45. Wenn *Hommel* obs. 87. diesen Fall der Retention des Kaufgeldes bei drohender Eviction des Kaufobjectes von der Regel, daß durch Caution das Retentionsrecht entzogen werden könne, ausnimmt, so kann ich ihm nicht beistimmen. Daß der Käufer nach l. 24. C. 8, 45. sich mit der Caution begnügen müsse, gebe ich ihm zu; allein es ist dieses darum keine Ausnahme von unserer hier vertheidigten Regel, weil die Grundsätze über Kauf

vertrag es mit sich bringen, daß der Käufer, wenn er des Kaufobjectes halber das pretium retinirt, statt der sichern Uebereignung der res, mit einer bloßen Sicherstellung sich begnügen müsse. Die Caution befriedigt schon die Foderung, welche er nach den concreten Rechtsverhältnissen der Klage auf Kaufgeldzahlung entgegenzustellen hat, denn sie ergänzt die noch fehlende Sicherheit gegen den Nachtheil aus der Eviction dergestalt, daß dadurch der Käufer zu Aufrechterhaltung der Kaufvertragspflichten zunächst gerade so qualificirt erscheinen soll, als ob der Evictionsstreit sich gar nicht erhoben hätte. Die Bestimmung nach l. 24. cit. ist demnach nur eine Folge der Eigenthümlichkeit des Foderungsrechtes, wofür retinirt wird, nicht ein Ausfluß der Befugnisse des Retentionsgegners aus Retentionsrechtlichen Grundsätzen. Nicht weil das Retentionsrecht durch Caution beseitigt werden könnte, sondern weil die drohende Eviction die Kaufvertragspflichten des Käufers unerfüllt zu lassen nicht berechtigt, sobald der Verkäufer gegen ihre Folgen hinreichende Sicherheit stellt, hat in l. 24. Cod. cit. die Cautionsleistung die Wirkung, daß der Käufer zahlen muß.

§. 91.

i) Erlöscht das Retentionsrecht durch Mißbrauch der res retenta?

Mehrere Rechtslehrer [1]) bejahen diese Frage, und führen als Beispiele des Mißbrauches an: a) wenn dem Retinenten auferlegt worden sey, seine illiquide Foderung liquid zu machen, und er dieses aus Chicane von einer Zeit zur andern verschiebe, welchen Falles dem Schuldner zu gestatten sey, den Richter zu ersuchen, einen Termin, in welchem der Retinent seine Foderung liquid machen solle, anzuberaumen, und dann den Retinenten, der solches zu thun unterlasse, des Retentionsrechtes verlustig zu erklären; b) wenn das Retentionsrecht wegen der Verbindlich-

1) *Mascard* de probation. concl. 944. num. 30. *Gail* de arrest. c. 10. num. 3. *Schmidius* l. l. §. 42. num. 4). *Lauterbach* de ret. §. 32. num. 7. 8. 9. Faselius §. 39. *Schnorr* l. l. §. 16. N. III. *Schrader* de feud. p. 2. sect. 2. n. 32.

keit eines Dritten zustehe, und dem Retinenten aus dem Grunde, weil er zum Nachtheil des Eigenthümers der Sache gegen seinen Schuldner stillsitze, eine Frist zur Einfoderung des debiti bei Verlust seines Retentionsrechtes richterlich bestimmt worden sey, er aber dennoch dem Injuncte keine Folge geleistet habe; c) wenn der Retinent dolose und frivole Foderungen stelle, und den Prozeß böslich hinziehe, um die Retention chicanös zu verlängern; d) wenn derselbe schlecht verwalte. Mühlpfort[2]) ist nicht der Meinung, daß in diesen Fällen das Retentionsrecht ganz verlustig gehe, er meint vielmehr nur: der Retentionsgegner habe das Recht, im Falle des Prozeßverschleifs dem Retinenten durch den Richter eine Frist zur Bewahrheitung seiner Ansprüche setzen zu lassen, und nach fruchtlosem Verstrich derselben inzwischen die Administration der retinirten Sache zu übernehmen, im Falle schlechter Verwaltung dagegen in bona detenta administrationis gratia sich immittiren, oder einen gemeinschaftlichen curator bonorum bestellen zu lassen, oder endlich überhaupt auf Sequestration der bona anzutragen, überall jedoch *salvo manente retentionis jure.* — *Lauterbach* sagt: amittitur hoc beneficium (juris retentionis) *abusu*, *sicut omnia beneficia regulariter* arg. §. fin. Inst. de his qui sunt sui vel al. jur. 1, 8. u. l. 2. D. eod. 1, 6. Man[3]) bezieht sich auch noch auf l. 38. D. de rei vind. 6, 1. und l. 9. D. de impens. in res dotal. 25, 1. daraus den Satz belegend: malitiis hominum non indulgendum est.

Ich kann die Meinung, welche unsere Frage bejahet, in alle Wege nicht für die richtige ansprechen. Was von der Ansicht zu halten sey, daß bei dem Zaudern des Gläubigers in Eintreibung seiner Foderung demselben eine peremtorische Frist zur Geltendmachung seiner Ansprüche vom Richter gesetzt werden dürfe, habe ich oben §. 84. schon besprochen; aus dieser Ansicht kann die Bejahung unserer Frage hier sicherlich keine haltbaren Stützen entlehnen. Sodann: die Regel spricht keineswegs für das Auf-

2) *Muhlpfort* (Strauch) l. l. th. 26. in fin. u. Not. χ.

3) *Schmidius* l. l. §. 42. Not. p.

hören, den Verluſt der Rechte wegen Mißbrauches derſelben [4]); und zu den Ausnahmen (Privilegien, Emphyteuſen, Pachtungen) [5]), wo der Mißbrauch den Rechtsverluſt wirkt, gehört das Retentionsrecht nicht, da kein Geſetz ausſpricht, daß daſſelbe durch Mißbrauch verloren gehe; auch iſt von dieſen Ausnahmen als ſolchen und vermöge ihrer eigenthümlichen Natur keine analoge Anwendung auf das davon ſehr weſentlich verſchiedene Retentionsrecht zu machen. Ebenſo wie das Pfandrecht nach richtiger Theorie (nur die veraltete Ausnahme in l. 24. §. ult. D. de pignor. act. 13, 7. ausgenommen) durch Mißbrauch nicht erlöſcht [6]), ebenſo erlöſcht durch ihn auch nicht das Retentionsrecht; von jenem gilt hier ein Schluß auf das letztere, da beide, mit dem Rechte auf Retention verbunden, zu Gunſten der Befriedigung einer Foderung in Wirkung treten und hier gleichgültig iſt, wie viel für dieſen Zweck ein jedes der Inſtitute zu leiſten vermöge (ſ. oben §. 11—13.). Daß man den Beſitz durch Mißbrauch der beſeſſenen Sache verliere, ſagt kein Geſetz, und ſolange man den rechtmäßig erworbenen Beſitz fortſetzen darf, ſolange darf man auch die Sache in retentione halten, dieſes iſt ganz conſequent, weil die retentio nur in der continuatio possessionis beſteht (ſ. oben §. 25. 73. u. 80.); denn liegt auch in dem jure retinendi der rechtliche Grund zu dieſer Continuation, ſo begründet dieſer doch nur den Titel [7]),

4) v. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 29. Dabelow Handb. des Pandectenrechts I. §. 99. S. 468 sq. Schweppe röm. Priv.R. §. 153. n. 3. lit. c.

5) Schweppe a. a. O. Mühlenbruch Lehrb. §. 118. Not. 7. Dabelow a. a. O.

6) A. M. ſind: Glück Com. Bd. 19. S. 441. VI. Geſterding Pfandrecht §. 40. Nr. 7. S. 318. Schrader in d. Tübinger Zeitſchr. Bd. II. S. 397. Mühlenbruch Lehrb. §. 320. in fin. Allein ſ. dagegen: Hufeland Lehrb. des Civilrechts 1. Bd. §. 807. Not. 3. Thibaut Syſt. ed. 8. §. 817. Nr. VII. Not. c. Sintenis Pfandr. §. 70. in fin. und v. Wening Ingenheim Lehrb. II. §. 170—175. Schweppe a. a. O. §. 353. Mackeldey Lehrb. §. 326. 327., welche letztern drei den Mißbrauch unter den Erlöſchungsgründen des Pfandrechts darum nicht mitaufführen.

7) *Boehmer* de jure retent. §. 5. „sine titulo (conventione, ultima voluntate vel lege) non competit jus retentionis.“

diese zu beginnen, und normirt den terminus ad quem derselben, der davon aber befaßte Zustand wird sich factisch nur als nuda detentio characterisiren. Träten Gebrauchs- oder sonstige Dispositionsrechte hinzu, so könnten diese vielleicht das Verhältniß umgestalten; da dies aber nicht der Fall ist, so bleibt der Besitzzustand völlig rein, und er giebt mithin die Grundlage zu den hier zu nehmenden Grundsätzen. Malitiis non indulgendum est, daher allerdings die sonst zuständigen Prozeßmittel gegen böswliche Verschleifung und chicanöse Behandlung des Rechtsstreites in concreto begründet seyn können. Hieher gehört auch der Fall, von dem Ant. Faber in Cod. Lib. III. tit. 22. def. 15. in fin. u. not. 5. 6. 7. 8. spricht, wenn nemlich der Besitzer, dem im Erkenntniß die erweislichen nothwendigen und nützlichen Aufwände abzuziehen nachgelassen war, mit dem Nachweise der Impensen chicanös zögert, um die res desto länger retiniren zu können. Auch kann die schlechte Behandlung der Sache gerichtliches Einschreiten durch Anhalten zu guter Administration oder durch Sequestration, Bestellung eines curator bonorum u. dergl. wohl statthaft erscheinen lassen [8]), allein alles dieses kann, wie Mühlpfort in dieser Beziehung sehr richtig bemerkt, nur salvo retentionis jure verfügt werden; der Sequester oder Curator besitzt dabei nur als Repräsentant des Retinenten, welcher also durch ihn die retentio ausübt. Immer aber wird nicht zu vergessen seyn, daß qui tantum suo jure utitur, neminem laedit, daher das bloße Zaudern in Verfolgung des Anspruches, so nachtheilig es auch dem Gegner des Retinenten seyn kann, dennoch keine Handlung des Mißbrauches der Sache bildet. Was nach §. fin. Inst. 1, 8. und l. 2. D. 1, 6. zu Gunsten der Behandlung der Sklaven gilt, ist mindestens jeden Falles nicht zu generalisiren, aber auch nicht einmal behufig, ja vielmehr der von mir vertheidigten Meinung günstig, da diese Gesetze den Eigenthümer nur zur guten Behandlung seines Eigenthumes ermahnen, den Eigenthümer aber seines Eigenthums, des Sklaven, auch

8) Schweppe a. a. O. §. 153. Nr. 3). lit. e). Dedelow a. a. O. S. 468.

bei ſchlechter Behandlung nicht verluſtig gehen laſſen, ſondern nur zu verkaufen, jedoch auch nicht zu verſchleudern, nöthigen. Aus dieſen Geſetzen iſt höchſtens nur zu ſchließen, gute Behandlung der Sache ſey Pflicht, ſonſt dürfe das Gericht einſchreiten, abwehrend, nicht aber Recht vernichtend. Die Worte des §. fin. Inst. cit.:

„cogantur servos suos *bonis conditionibus* [9]) vendere, ut pretium dominis daretur“

würden in Beziehung auf den Retinenten die Folge zum Geſetze erheben, er müſſe die retentio bei ſchlechter Behandlung der Sache aufgeben, aber nur bonis conditionibus, ut pretium ei daretur d. i. nur gegen Befriedigung der Foderung, für die er retinirt, weil hierin für ihn das pretium rei retentae läge; dieſe Geſetzesworte würden demnach nur für den Retinenten ſprechen, der freilich nur bis zur Befriedigung ſeiner Foderung retiniren darf.

§. 92.

k) Erlöſcht das Retentionsrecht durch einen über den Schuldner und reſp. den Retentionsgegner ausgebrochenen Concursprozeß?

Dieſe Frage gehört gewiß zu den beſtrittenſten der Doctrin; über ſie iſt ſchon ſo viel geſchrieben worden und in Büchern zu leſen, welche in eines jeden gebildeten Juriſten Hand ſind, daß ich hinſichtlich der Aufzählung der verſchiedenen Meinungen und der dafür geltend gemachten Gründe wohl kurz ſeyn darf. Um den Standpunct zu gewinnen für die Aufſtellung meiner Anſicht, will ich in dieſer Beziehung nur Folgendes voranſchicken. Bei der Entwickelung der Lehre wird von allen Meinungen weſentlich auf das ſogenannte qualificirte Retentionsrecht recurirt und die retentio pignoris als hieher mitgehörig ſo entſchieden angenommen, daß die Entſcheidung der Frage, ob der Fauſtpfands-

9) *Locamer* ad §. ult. Inst. 1, 8. erklärt die Worte bonis conditionibus non tantum respectu domini, ne is vilius cogatur vendere, sed et ipsius servi, ne si gravis conditio injungatur. l. 25. D. de statuliberis 40, 7. *Vinnius* ibid. erklärt ſie durch justo pretio. l. 12. D. de religiosis. 11, 7.

gläubiger auch nach ausgebrochenem Concurse das Pfand noch fortan retiniren dürfe und sich in den Concursprozeß gar nicht einzulassen brauche, mit der Entscheidung unserer Frage fast für völlig identisch angesehen wird. In Bezug auf die retentio pignoris nun werden folgende Meinungen aufgestellt. Ein Theil der Rechtslehrer [1]) glaubt die Erlöschung des Rechts zur retentio pignoris unbedingt mit der Wirkung verneinen zu müssen, daß das Retentionsrecht nicht allein gegen die Concursmasse, sondern auch gegen die einzelnen bevorzugteren Mitgläubiger bei Kräften bleibe. Ein anderer Theil der Rechtslehrer [2]) gestattet dem Faustpfandgläubiger das Retentionsrecht zwar gegen die Concursmasse, als solche, nicht aber gegen Mitgläubiger, welche ihm vortreten. Ein dritter Theil der Rechtslehrer [3]) end-

1) *J. Flor. Rivinus* diss. de jure retentionis motu concursu. Lips. 1798. *Cramer* obs. Tom. I. obs. 336. *Stryk* disp. de controversiis fori selectis. Num. XV. (in ejus dissertat. jurid. Vol. VIII. pag. 222) läßt das jus retentionis fortdauern, überweist aber dem curator bonorum das Recht der Administration der res retenta. *Kind* Quaest. for. Tom. II. Cap. 8. *Mevius* P. II. dec. 15. P. III. dec. 255. P. V. dec. 212. u. P. VII. decis. 40. u. 250. P. VIII. dec. 159. 160. Georg Hoppe die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder besonders bei ausgebrochenem Concurse. 3. Abschn. S. 74 f. Gans von den Faustpfandgläubigern ꝛc. in dessen Zeitschrift für Civil- und Criminalrechtspflege. Bd. 1. H. 4. Nr. 28. Hagemann pract. Erört. Bd. VII. Nr. 108. u. a.

2) *Pufendorf* T. III. obs. 60. *Leyser* Vol. III. spec. 231. med. 1. u. 2. Vol. VII. spec. 486. med. 1. u. 2. *J. G. Moehrlin* (praes. Paul Wilh. Schmid) de jure retentionis circa pignus post motum concursum in tantum cessante. Jenae 1759. §. 11. 12 sq. *Hoefer* (Dorn) diss. de jure retentionis in concursu creditorum. §. 22. *Walch* jus controv. sect. IV. c. 3. membr. a. subs. 1. §. 3. v. Trütschler Lehre von der Präclusion S. 30. *Boehmer* l. l. §. 19—21. Weder natürl. Verbindlichkeit §. 109. Thibaut Syst. ed. 5. §. 1225. col. §. 994. ed. 7. §. 1023. Schweppe Lehre vom Concurse §. 47. 60. 74. Faselius a. a. O. §. 30. Spangenberg in d. Zeitschr. f. Gw.R. u. Proz. Bd. V. Abh. XIII. S. 196—203. Sintenis Pfandr. §. 27. S. 244—247. Pfeiffer pract. Ausführungen Bd. II. S. 168. u. a.

3) Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 682 sq. Gönner Handbuch des gem. Processes IV. B. Nr. 82. §. 10. Danz Grundsätze

lich spricht dem Faustpfandgläubiger nach ausgebrochenem Concurse ein ferneres Retentionsrecht gänzlich ab, behauptend, der Güterpfleger habe das Recht, die res retenta zur Masse zu ziehen, der Gläubiger aber nur seine Foderung im Concursprocesse anzumelden, und dort seine Befriedigung nach der Priorität zu erwarten. In Bezug auf das sogenannte einfache Retentionsrecht äußert Glück im Commentar Bd. 15. S. 132.: daß dieses im Concurs aufhöre, bezweifele niemand. Ich kann ihm diese Behauptung nicht zugeben, da es allerdings Rechtslehrer giebt, welche die Fortdauer auch dieses Retentionsrechtes behauptet haben [4]). Fasselius lehrt a. a. O. in dieser Beziehung Folgendes: „Man müsse unterscheiden, ob die Verbindlichkeit, weshalb man das Retentionsrecht bisher ausgeübt habe, eine eigene des Gemeinschuldners, oder eine Schuld eines Dritten sey, und der Gemeinschuldner für diesen nur die Sache in retentionem gegeben habe. Im erstern Falle sey man nach gemeinen Rechten nicht verbunden, die Sache an die Concursmasse abzuliefern und statt dessen seine Foderung zu liquidiren, sondern man könne den Gläubigern ebensowohl, wie früher dem Gemeinschuldner selbst, die Einrede des Retentionsrechtes entgegensetzen. Dieses sey jedoch lediglich von dem Falle zu verstehen, solange das Retentionsrecht nicht mit dem Rechte eines andern Gläubigers, welches diesem zunächst auf die retinirte Sache zustehe, in Collision gerathe. Denn wenn diese Sache einem Gläubiger verpfändet sey, und er aus diesem Grunde deren Herausgabe fodern sollte, so müsse man freilich den Besitz der Sache fahren lassen,

der summar. Processe §. 149. mit Not. e. und §. 160. Nr. [illegible] S. 252. *Dan. Doering* de jur. ret. §. 22. Not. b. *Schnorr* l. l. §. 16. N. V. *Ranfft* l. l. §. 11. *Gottschalk* discept. forens. II. c. 21. Gensler im Archiv f. civ. Prax. Bd. II. S. 347. 348. Nr. 2. Linde Lehrb. des Proz. ed. III. §. 434. Martin Lehrb. des Proz. ed. 11. §. 322. Glück Com. Bd. 15. S. 132—136. Mühlenbruch Entwurf des Gwlproz. §. 606. Bayer Theorie des Concursprocesses. München 1836. §. 28. u. a.

4) *Boehmer* l. l. §. 19. 20. *Carpzov* P. I. decis. 66. num. 22. *Schaumburg* in princip. prax. jurid. jud. Part. II. Cap. 8 §. 1. Not. *****. Fasselius a. a. O. §. 29. *Hoefer* (Dorn) l. l.

und erwarten, welche Stelle die Foderung, für die man retinirt habe, unter den übrigen Gläubigern angewiesen erhalten werde. Stehe hingegen jemanden wegen der Schuld eines Dritten an einer Sache ein Retentionsrecht zu und der Eigenthümer der Sache gerathe in Concurs, so könne der Retinent sich in keinem Falle der Herausgabe der Sache an die Concursmasse entbrechen, weil den Gläubigern doch nicht zugemuthet werden könne, daß sie daraus, weil ein Dritter etwa mit Erfüllung seiner Verbindlichkeit zaudere, Nachtheil empfinden sollen, und weil der Retinent durch Herausgabe der Sache gar wenig leide, indem sein Recht, die Erfüllung der Verbindlichkeit von seinem Schuldner zu verlangen, ihm unverloren sey."

Diejenigen Rechtslehrer, welche dem Retentionsrechte, dem qualificirten wie einfachen, auch nach ausgebrochenem Concurse gegen die Concursmasse irgend eine Fortdauer noch zutheilen, gründen sich hauptsächlich auf den Satz: die Gläubigerschaft könne größere Rechte nicht erwerben, als der Cridar gehabt habe, und die Rechte der Gläubiger könnten durch den Concurs nicht vermindert werden. Dagegen stützen sich die Vertheidiger der Meinung, daß jedes Retentionsrecht im Concurse erlösche, theils auf die attractive Eigenschaft des deutschen Concursprocesses, theils auf den in dem römischen Rechte ausgesprochenen Vorzug älterer Hypotheken vor den neuern, theils endlich darauf, daß der Satz, die Concursgläubiger könnten nur aus der Person des Cridars Rechte geltend machen, und seyen darum auch allen Einreden aus dessen Person unterworfen, auf ein Verhältniß nicht passe, wobei ein Mitgläubiger lediglich als solcher in Betracht komme, und nicht etwa gegen ihn, als dritte Person, von seinen Mitgläubigern Rechte verfolgt würden.

Vor Allem muß ich mit Rückblick auf §. 4. 11—13 u. 52. darauf aufmerksam machen, daß die Frage wegen der retentio pignoris, wenn sie sich auch nach ähnlichen Grundsätzen regeln sollte, mit der wegen Fortdauer des eigentlichen Retentionsrechtes nach verhängtem Concursprozesse nicht identisch ist. Es wird der individuellen Ausbildung des Rechtsinstitutes des Retentions-

rechtes, welches doch ſo höchſt weſentlich von dem Inſtitute des Pfandrechtes verſchieden iſt, nur höchſt förderlich ſeyn, wenn wir daſſelbe und das Pfandrecht überall, folglich auch hier, von einander halten und auf dem Gebiete eines jeden dieſer Inſtitute ſelbſtſtändig demonſtriren, was ihm allein nur angeht. Für die verſchiedenartigſten Dinge können gleiche Gründe ſprechen; die Gleichheit der Gründe kann aber nicht berechtigen, das Begründete auch für Ein und Daſſelbe zu betrachten. Es tritt jedoch obendrein hier noch hinzu, daß, wie die Citate in §. 92. Not. 1 bis 3. nachweiſen können, zu Gewinnung der Reſultate für die Frage bei dem qualificirten Retentionsrechte gar manche Gründe aus Verhältniſſen entlehnt wurden, welche lediglich dem Pfandrechte angehören, und dem eigentlichen Retentionsrechte ganz fremd ſind. Ich übergehe daher eine weitere Berührung der Frage wegen der retentio pignoris, deren Entſcheidung der Lehre vom Pfandrechte überlaſſend, und werde mich nur darauf beſchränken, die Gründe zuſammenzuſtellen, aus denen nach meiner Ueberzeugung die Entſcheidung der Frage unſeres Paragraphen geſucht werden muß.

Die frühern Ausführungen in den §§. 77. 78. 79. u. 89. lit. c) enthalten die Grundſätze zu Beantwortung der geſtellten Frage. Man könnte den Gegnern die Richtigkeit der Grundſätze, „der Cridar könne der Gläubigerſchaft mehr Rechte nicht übertragen, als er ſelbſt noch gehabt habe, und der Concursprozeß könne die Rechte der Gläubiger nicht mindern," ungefährlich hier zugeben; denn es genügt, um das Unzutreffende der daraus für ihre Meinung gezogenen Schlüſſe darzuſtellen, die Erwiederung: die Gegner ſeyen alſo doch mit mir einverſtanden, daß der Cridar wenigſtens alle diejenigen Rechte der Gläubigerſchaft cessione bonorum habe conſtituiren können, die er gegen den Retinenten und an der res retenta ſelbſt noch gehabt habe, und daß ferner der Concursprozeß die Befugniſſe des Retinenten gegen die Sache nicht habe vermehren können. In den §§. 77—79. u. 89. lit. c) führten wir nehmlich aus, daß dem Retentionsgegner das Recht, ſeine dinglichen Befugniſſe an der res retenta

einem Andern titulo singulari zu übertragen und dadurch das Retentionsrecht per subsequens zur Endschaft zu führen, nicht benommen sey. Wie in dem Verhältnisse außerhalb des Concurses, so befindet sich nun aber offenbar auch die Sache bei Eintritt des Concursprocesses. Cessione bonorum, überhaupt durch Verhängung des Concursprozesses werden die Concursgläubiger nicht etwa die Erben des Cridars, welche alle dessen Obligationen auch passiv zu vertreten hätten, sie succediren vielmehr in dessen ganzes Vermögen gerade nur, wie derjenige, dem ein Theil desselben titulo singulari, um sich daraus bezahlt zu machen, vom Schuldner übertragen wird, nur mit der in der Güterabtretung oder überhaupt der Concurseröffnung liegenden Modification, daß der Schuldner, was aus dem Vermögen nicht zu befriedigen steht, noch nachzuzahlen schuldig bleibt, und die Gläubiger, wenn nach ihrer Befriedigung noch Vermögen übrig ist, diesen Ueberschuß an den Cridar wieder retradiren müssen [5]). Die dinglichen Rechte auf die Sachen des Cridares gehen entschieden zur Handhabung für den Zweck der Befriedigung der Foderungen auf die Gläubiger über, und man mag nun diesen Uebergang specieller noch characterisiren, wie man will (was hier zu untersuchen nicht Aufgabe ist), soviel wird man immer zugeben müssen, daß der Uebergang der Vermögensrechte des Cridars auf die Gläubiger nicht titulo universali, sondern singulari erfolge und daß zwischen Cridar und Gläubigerschaft keine Personeneinheit statt finde. Was in dem Falle außerhalb des Concurses der Schuldner seinem einzelnen Gläubiger zur Befriedigung übereignet, und ihm auch recht gut mit der Bedingung übereignen kann, die Sache zu veräußeen, vom Erlöse sich zu befriedigen, den etwaigen Ueberschuß desselben aber ihm, dem Schuldner, dann wieder zurückzuzahlen; dieses übereignet unter gleichem modo der Cridar cessione bonorum nicht nur Einem, sondern

5) Gensler im Arch. f. civ. Prax. Bd. 2. S. 348 sq. Nr. III. Mühlenbruch Cession. ed. II. S. 238. Not. 386. Schweppe Concursprozeß. §. 59. Kori Concursprozeß. I. §. 49. 50. Bayer Theorie des Concursprozesses §. 29. 30. *Kind* Quaest. for. Tom. II. cap. 5.

Sämmtlichen seiner Gläubiger, und ich sehe darum nicht ab, aus welchem Grunde diese sämmtlichen Gläubiger nicht das Recht haben sollen, gegen den Retinenten, der nur persönliche Rechte gegen die res retenta hat, mit gleicher Wirkung zu procediren, wie der einzelne Gläubiger außerhalb des Concurszustandes. In der Handlung der cessio bonorum oder ohne eine solche überhaupt in der Richteramtlichen Eröffnung des Concursprozesses über des Schuldners Vermögen [6]) liegt eine solche Uebertragung der dinglichen Rechte des Cridars an dessen Sachen auf die Gläubigerschaft, welche dem Cridar auch bei dem Retentionsrechte eines Andern an seiner Sache vor dem Concurse nach §. 78. noch immer zustand, und die sich der Retinent eben gefallen lassen mußte, darum aber auch bei ausgebrochenem Concurse gefallen lassen muß. Es folgt demnach, daß der Cridar bei Ausbruch des Concurses den Gläubigern, indem er sie befähigt, als Singularsuccessoren die res retenta zur Masse zu ziehen, nicht ein Recht überträgt, was er selbst nicht mehr hatte, sondern daß er ihnen vielmehr gerade im Gegentheil ein Recht constituirt, was er noch besaß und jedem Andern auch vor dem Concurse schon übertragen konnte, nehmlich sein dingliches Recht an der res retenta, mit welchem bewaffnet der successor singularis die res retenta aus der Hast der Retention zu vindiciren ermächtigt wird. Es folgt ferner, daß durch diese Vernichtung des Retentionsrechtes als Folge des Concursprozesses des Retinenten Befugnisse als Gläubiger nicht vermindert werden; denn es lag gleich ursprünglich in dem Umfange seines Rechts, als Retentionsrechtes, daß dasselbe eine Uebertragung des dinglichen Rechtes des Retentionsgegners an der Sache auf einen Andern titulo singulari und hiermit seine Vernichtung zu gefährden habe. Man würde im Gegentheil annehmen müssen, der Concurs habe des Retinenten Rechte vermehrt, wenn man behaupten wollte, die Gläubigerschaft als Singularsuccessor habe in Bezug auf die Vindication

6) Kori Concursprozeß. §. 47. 48. 49. 50. Bayer a. a. O. §. 29. 30. Danz summar. Prozesse §. 151. II.

der res retenta mindere Rechte gegen den Retinenten, als jeder andere Singularsucceſſor vor Ausbruch des Concurſes. Es macht hierbei durchaus gar keinen Unterſchied, ob der Retinent Mitgläubiger der Concursgläubiger, oder ob er vielleicht nur der Gläubiger eines Andern iſt, für deſſen Schuld der Cridar ſeine Sache nur in retentionem gegeben hatte; denn in beiden Fällen muß er der Gläubigerſchaft Vindication auf die bezeichnete Weiſe nach §. 78. gegen ſich gelten laſſen. Nicht blos die Aufhebung des Retentionsrechtes, ſondern überhaupt die Löſung aller blos perſönlichen Verhältniſſe zur Sache [7]), welche die dingliche Beſchaffenheit, den Umfang der Dinglichkeit der Sache nicht modificiren (die objective Qualität der Sache nicht umgeſtalten, wie dieſes alle der Sache ankledende, zu ihrer objectiven Maſſe gleichſam mit gehörigen Realrechte, z. B. Pfandrecht, Servitutenrechte, onera realia thun) iſt eine Folge derjenigen Singularſucceſſion, welche im Concursproceſſe an die Gläubiger vorgeht; jene Aufhebung und dieſe Löſung haben daher nur einen und denſelben Rechtsgrund [8]). Das Reſultat alles deſſen alſo iſt: das Retentionsrecht erlöſcht durch den Concursprozeß in der Maaße, daß der Retinent gehalten iſt, die res retenta auf Verlangen der Gläubigerſchaft oder des ſie vertretenden Güterpflegers an die Concursmaſſe abzuliefern, und dort, wenn er ſelbſt Anſprüche gegen den Gemeinſchuldner hat, ſeine Befriedigung nach der Priorität zu erwarten, daß jedoch das frühere jus retentionis, weil dieſes kein jus praelationis wirkt, (ſ. oben §. 77.) auf die Priorität der Foderung keinen Einfluß gewinnen kann.

---

7) Kori a. a. O. §. 59—69. Bayer a. a. O. §. 29—32. Glück Com. Bd. 15. S. 135. Genſler a. a. O. S. 348—350. Nr. III. Müzlenbruch Entwurf. §. 606. Schweppe Concursproz. §. 62.

8) Thibaut Syſt. §. 673. A). (ed. 8.) §. 1223. col. §. 994. (ed. 7.)

§. 93.

II. Verluſt des Beſitzes der zu retinirenden Sache.

Hiehee ſind zu zählen: nicht blos eigene Beſitzentäuſſerung von Seiten des Retinenten, ſondern auch Beſitzentſetzung deſſelben durch den Retentionsgegner, den Schuldner und jeden Dritten, inſofern die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand den Beſitz nicht wiederbringt (ſ. oben §. 82) und kein Klagrecht und remedium possessionis Platz greift (ſ. oben §. 80. 81.); ferner gänzlicher Untergang der Sache, wodurch begreiflich auch der Beſitz daran verloren geht. Auch die Confuſion oder Vereinigung des Retentionsrechts und des binglichen Rechts des Retentionsgegners an der Sache in des Retinenten Hand, wodurch die res retenta aufhört, die res alteri debita (ſ. oben §. 28.) zu ſeyn, gehört hieher, da dann begreiflich die Sache nicht mehr exiſtirt, welche man einem Andern vorenthielt; es exiſtirt ja dann kein Anderer mehr, dem ſie gehörte. Ob das Retentionsrecht wieder auflebt, ſobald der Beſitz der Sache wieder erlangt wird, iſt nach den Sätzen, die ich oben §. 89. lit. a) vorgetragen habe, zu entſcheiden. Liegt in der Beſitzentäuſſerung kein Verzicht auf das Retentionsrecht für alle Zukunft, ſo ſteht auch nichts im Wege, caeteris paribus das Retentionsrecht wieder auszuüben, ſobald man den Beſitz der Sache wieder erlangt, welche Befugniß ganz unzweifelhaft iſt, wenn der Beſitzverluſt nicht durch eigene Weggabe der Sache, ſondern mittelſt der Entziehung des Beſitzes durch einen Andern erfolgt war [1]). Daß durch Beſitzverluſt die retentio vernichtet wird, iſt ausdrücklich auch in den Geſetzen ausgeſprochen, z. B. in l. 36. D. ad S. C. Treb. 36, 1. verb.:

„si nihil est, quod retineat? veluti cum omnia in

1) *Schmidius* l. l. §. 42. num. 1. Faſelius a. a. O. §. 36. *Schnorr* l. l. §. 16. Num. VI. *Meusel* (Romanus) l. l. th. 36. num. 2). Man vergl. hieher noch: *Koenig* (Reusner) l. l. §. 22. num. (3) bis zu Ende des §. über die Confuſion.

nominibus sunt, aut in corporibus, quae non possideat.“

in lege 14. §. 1. D. com. div. 10, 3. verb.:

„Ceterum si alienavero partem meam, non erit unde retinere possim. Sed is, qui a me emerat — poterat retentionem facere.“

in lege 21. D. ad S. C. Treb. verb.:

„Heres, cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit, nec cavit sibi stipulatione proposita. Similem esse eum Aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt.“

Diese letztere Stelle beweist zugleich auch noch durch ihren Nachsatz:

sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nancisci et adversus agentem doli mali exceptione uti posse eum, et debitoribus denuntiare, ne solveretur.

daß der Zustand der retentio wegen derselben Foderung, wegen welcher man früher retinirte und hätte fortgesetzt retiniren dürfen, wieder auflebt und das jus retentionis von neuem wieder zusteht, („doli mali exceptione uti posse eum“) sobald der Besitz wieder erlangt werden kann und wird, ohne daß aus den Umständen des Falles eine Verzichtsabsicht zu entnehmen ist. Freilich kann diese Stelle auch von deductio, compensatio, einer retentio in perpetuum verstanden werden; allein vorerst würde hier ein Schluß von dieser retentio, als dem majus, auf unsere retentio, das minus, zulässig seyn, sodann ist die lex auch von unserm Retentionsrechte mit zu verstehen, da, wie wir sahen, dem heres seiner quarta Trebellianica halber das eigentliche Retentionsrecht, soweit compensatio und deductio nicht Platz greift, nicht abzusprechen ist. (S. oben §. 62. lit. b.) und §. 80.)

§. 94.

III. Wegfall der Foderung, für welche retinirt wird.

Es iſt ganz der in §. 16. entwickelten Natur und dem in §. 73. erwähnten Zwecke des Retentionsrechtes — quia sublata causa tollitur effectus arg. l. 1. C. de cond. ob caus. dat. 4, 6. juncta glossa, — entſprechend, daß das Retentionsrecht durch den Wegfall der Foderung erlöſche. Alles was dem Retinenten die Foderung zu befriedigen oder ſie ihm zu entziehen vermag, vernichtet ſofort auch deſſelben jus retentionis, welches er zu Gunſten dieſer Foderung ausübte, denn jedes acceſſoriſche Recht, mithin auch das jus retentionis (ſ. oben §. 16.), erlöſcht durch den Wegfall ſeines Hauptrechts [1]; dieſes bewirken nun u. a. nicht allein Zahlung der Foderung [2], ſondern auch Compenſation, Erlaß der Schuld, pactum de non petendo [3], Erlöſchung der Foderung durch *novatio privativa* [4], inſofern die Foderung durch die Novation die Connexität mit der res retenta verloren hat, d. i. wenn die alte connexe alſo getilgt worden ſeyn und die neue nicht als connexe erſcheinen, oder bei dem jure retentionis voluntario aus der Verwilligung deſſelben erſichtlich ſeyn ſollte, daß das Retentionsrecht nur für die alte, nicht aber auch für die novirte Foderung gegeben ſey; ferner gehören hieher *datio in solutum*, *deductio*, auch der Fall der l. 20. §. 2. D. de pign. act. 13, 7. *si per creditorem stetit, quo minus ei solvatur*, da arg. l. 39. u. 161. D. de reg. jur. in dieſem Falle die Zahlung der Foderung zu Gunſten der

1) arg. l. 43. 44. De de solution. 46, 3. — l. 6. pr. D. quib. mod. pign. 20, 6.

2) arg. pr. Inst. quib. mod. tollitur obl. 3, 30. — l. 23. l. 95. §. 4. D. de solut. 46, 3. — l. 6. pr. D. cit. 20, 6. — l. 39. D. de negot. gest. 3, 5.

3) arg. l. 5. pr. D. quib. mod. pign. 29, 6. — l. 17. §. 2. de pactis. 2, 14.

4) arg. leg. 18. D. de novation. 46, 2. — l. 11. §. 1. D. de pign. act. 13, 7. — l. 2. C. de novat. 8, 42. Thibaut Syſt. §. 593. in fin. Mühlenbruch Lehrb. §. 474. u. 475. Not. 11.

Erlöschung des Retentionsrechtes für geschehen angenommen werden darf; noch ferner gehören hieher die Vereinigung des Foderungsrechts und der Schuldpflicht in Einer Person, (Confusion) und die *cessio nominis* auf einen Andern ohne Mitübertragung des Retentionsrechtes, weil dieses ohne Foderung nicht bestehen kann, die Foderung aber in der Person des Retinenten zu bestehen aufgehört hat. Dabei muß jedoch, wie wir oben in anderer Beziehung schon erwähnten (s. oben §. 16.), verlangt werden, daß die ganze Foderung des Retinenten wegfalle; denn bleibt ein Theil derselben, und wenn er auch noch so gering ist, bestehen, so bleibt auch [5]) das ganze Retentionsrecht in seiner ganzen Sachausdehnung bei Kraft. — Lebt eine vernichtete Foderung später etwa durch restitutio in integrum wieder auf, und befindet sich dann in des Gläubigers Hand noch die res connexa, so lebt dann auch das frühere Retentionsrecht wieder auf, da nicht mehr in Mitte steht, was der Handhabung des Retentionsrechtes, welches früher für dieselbe Foderung zustand, inzwischen hinderlich war [a]).

5) arg. l. 19 D. de pignor. 20, 1. und der oben §. 16. Not. 1. citirten Gesetze.

6) Man vergleiche überall hieher: *Richter* l. l. thes. 19. num. 2. *Lauterbach* de ret. §. 32. n. 2. 3. 4. *Meusel* (Romanus) l. l. th. 37. *Muhlpfort* (Strauch) l. l. th. 26. Not. v. *Steinhauserus* (Schwendendörffer) l. l. §. 42. *Koenig* (Reusner) l. l. §. 18 *Schmidius* l. l. §. 42. princ. *Schnorr* l. l. §. 16. l. u. IV. *Hessler* §. 22. Schol. Faselius a. a. O. §. 33. u. 34. princ.

Alphabetisches

Inhaltsverzeichniß.

Acta publica sind nicht Gegenstand des jus ret. §. 26. a. E. §. 58. lit. d. S. 187.

Aftermiether, dessen jus ret. gegen den Aftervermiether §. 28. S. 102 seq.

Afterpfandgläubiger, dessen jus ret. gegen seinen Verpfänder §. 28. S. 102 seq. §. 71. S. 263. sq. lit. l.

Alimente sind nicht Gegenstand des jus ret. §. 26. a. E. und Inhaltsverzeichniß des §. 32.

Arrestum, dessen Unterschied vom jus ret. §. 5, 14, 38. S. 122. dessen Aehnlichkeit mit demselben S. 291. not. 9.

Aufwand in oder in Beziehung auf die Sache, als Grund des jus ret. §. 55, 56 seq. kann in Geld und Geldeswerth bestehen. §. 56. 57. S. 184 u. 186. lit. d. e.

Bauunternehmer, deren jus ret. §. 58. lit. g.

Benutzung der Sache ist nicht Wirkung des jus ret. §. 75.

Besitz, als Requisit des jus ret. §. possessio. Anfang desselben beim jus ret. §. 25. Die Wirkungen des Verlustes desselben auf das jus ret. §. 93.

Betten, jus ret. an ihnen. §. 32.

Billardeur, dessen jus ret. §. 58. lit. i.

Briefträger, deren jus ret. §. 58. lit. g.

Bücher der Schüler, Studenten, Doctoren, jus ret. an ihnen §. 32.

Bürge, dessen jus ret. §. 42. S. 136. §. 45. S. 145. §. 59. lit. q.

Bürgschaft, deren Unterschied vom jus ret. §. 84. S. 318 seq.

Casus, Haftung des Retinenten dafür §. 76. S. 276 — 279.

Cautionsleistung, deren Unterschied vom jus ret. §. 5, 38. S. 122, §. 39. S. 127. Vernichtet sie das jus ret.? §. 90.

Cession des Retentionsrechtes §. 85. kann sie verlangt werden? §. 86. nominis, deren Wirkung auf das jus ret. §. 94.

Commodatar, dessen jus ret. §. 61. S. 209. §. 63. lit. f.

Compensation, deren Unterschied vom jus ret. §. 6, 7. deren Aehnlichkeit mit dem jus ret. §. 8, 9. das mit ihr verbundene Rückhaltungsrecht. §. 10. directa und indirecta §. 8. not. 1. Als Grund der Erlöschung des jus ret. §. 94.

Concursprozeß, dessen Wirkung auf das jus ret. §. 92.

Conductor, dessen jus ret. §. 55. S. 179. §. 59. lit. p.

Confusion beim jus ret. §. 93, 94.

Connexität der Forderung mit der Sache und Begriff derselben §. 41. S. 133.

ursprüngliche und positive §. 45. 67. 60. S. 206 seq. Kategorieen derselben §. 54—72.
Culpa, für welche der Retinent haftet §. 76. S. 276—279.
Custodia rei ist Pflicht des Retinenten §. 76. Vergütung dafür S. 282.

Darleiher, dessen jus ret. am Mündelgut §. 59. lit. r.
Depositar, dessen jus ret. §. 9. S. 55. §. 61. S. 210.
Depositionsantrag, dessen Unterschied vom jus ret. §. 5.
Detentatio §. 2. S. 35.
Dritter beim jus ret. in zweierlei Beziehung §. 29. 35. gegen ihn wirkt das jus ret. nicht §. 71. lit. e. §. 77. 78. 79. s. auch S. 90. seine stärkeren Rechte an der Sache besiegen das jus ret. §. 77. u. 78.

Ehefrau, deren jus ret. am ehemännlichen Vermögen §. 64.
Ehemann, dessen jus ret. an der dos §. 4. S. 42 seq. §. 60. 62. lit. a. S. 332 seq.
Erbe, dessen jus ret. wegen des Pflichttheils, der falcidischen und trebellianischen Quart §. 4. S. 42. 43. §. 62. lit. b. wegen sonstiger Ansprüche §. 4. S. 43. §. 57. lit. b. gegen den Erben des Retentionsgegners wirkt das jus ret. §. 71. lit. e. §. 77. auf die Erben des Retinenten geht das jus ret. über §. 85. S. 320.
Erlaß der Schuld, deren Wirkung auf das jus ret. §. 94.
Exceptio doli als Exceptionsform für das Retentionsrecht §. 1. der Einl. u. §. 1. 2.
— non adimpleti contractus ist nicht jus ret. §. 33.
— retentionis ist nicht exceptio rei cohaerens §. 79. S. 295. ist nur dilatorische Einrede, deren Wirkung, und wann ist sie vorzuschützen? §. 83. Dauer derselben §. 84.
Executio, Unterschied vom und Aehnlichkeit mit dem jus ret. §. 14. §. 33. S. 121 seq.
Extraneus bei dem jus ret. s. Dritter.

Foderung als Requisit des jus ret. §. 34. 35. u. 36. ob eine betagte und bedingte ausreiche? §. 9. S. 56. §. 13. S. 62. 63. §. 37. ob sie eine cognoscere seyn müsse §. 5. S. 46. in fin. §. 9. S. 56. in fin. §. 41—45. §. 67. ob sie liquid seyn müsse? §. 40. Sicherung derselben, als Zweck des jus ret. §. 73. die Wirkung des Wegfalls derselben auf das jus ret. §. 94.
Fruchtgenuß, jus ret. daran wegen Aufwand dafür §. 59. lit. u.
Fuhrmann, jus ret. desselben §. 58. lit. g.

Gastwirth, dessen jus ret. §. 58. lit. h.
Gefangenwärter, dessen jus ret. §. 58. lit. i.
Gegenansprüche, die mit der Gegenklage zu verfolgen stehen, jus ret. deshalb §. 63. lit. c. f.
Geschäftsführer, dessen jus ret. §. 57. lit. e. §. 63. lit. f.
Gesinde, dessen jus ret. §. 58. lit. m. vergl. mit §. 42. S. 136. not. 3.

Handlungen, sind nicht Gegenstand des jus ret. §. 33.
Handwerker, dessen jus ret. §. 58. lit. g.
Handwerkszeug, jus ret. daran §. 32.
Hyperochus, jus ret. daran §. 71. lit. d. S. 256.

Inhasung als Wirkung des jus ret. §. 75.

Instrumenta rustica, jus ret. an ihnen §. 32.
Jus offerendi, §. 71. S. 261. lit. g.
Jus praelationis, wird vom jure ret. nicht gewirkt §. 77.
Jus retentionis commune §. 51. 53. S. 171.
conventionale §. 46. 72.
extrajudiciale §. 51. 53. S. 169. 170.
facti §. 51. 53. S. 170. 171.
generale §. 51. 53. S. 170.
inter gentes S. 15. u. E.
judiciale §. 51 53. S. 169. 170.
juris §. 51. 53. S. 170. 171.
legale §. 46. 72. findet dieses nur in den in den Gesetzen benannten Fällen statt? §. 50.
necessarium §. 46. 72.
perpetuae §. 6. S. 48. §. 51. 53. S. 169.
quae causam trahit a re vel specie retenta und quae ab ipsius debiti natura §. 51. 53. S. 171 sq.
qualificatum §. 51. 52.
Saxonicum §. 51. 53. S. 171.
simplex §. 51. 52.
speciale §. 51. 53. S. 170.
temporalis §. 6. S. 48. §. 51. 53. S. 169.
testamentarium §. 46 72. ist dieses ein conventionale? §. 49.
voluntarium §. 46. 72. dessen Verhältniß zum legali §. 47. 71. S. 264. lit. m; kann auch stillschweigend errichtet werden §. 48. s. auch Retentionsrecht.
Justizverweigerung begründet an sich kein Retentionsrecht §. 5. S. 46.

Käufer, dessen jus ret. §. 4. S. 43. §. 59. lit. o. u. a. §. 62. lit. c.
Kaufmann, dessen jus ret. §. 59. lit. w.
Klagrechte gewährt das jus ret. regelmäßig nicht §. 80.
Kleidungsstücke, jus ret. an ihnen §. 32.
Künstler, deren jus ret. §. 58. lit. g.

Lagergeld, ist der Retinent es zu fodern befugt? S. 282.
Lex 20. D. de acq. vel am. poss. deren Erklärung im Verhältniß zum jus ret. §. 20. S. 79. 80. §. 21. §. 44. S. 142. §. 50. S. 164.
Lex 13. §. 8. D. de act. emt. deren Erklärung im Verhältniß zum jus ret. §. 4. S. 141. §. 6. S. 48. §. 33. S. 114. §. 11. S. 59.
Lex 18. §. ult. commod. deren Erklärung §. 2. S. 35. §. 62. S. 220 sq.
Lex 23. §. 1. D. de cond ind. das jus ret. aus ihr §. 68. lit. d.
Lex 26. §. 4. D. ibid. das jus ret. aus ihr §. 68. lit. a.
Lex 1. pr. D. de pign. das jus rot. aus ihr §. 68. lit. b.
Lex 11. D. de pign. act. deren Erklärung §. 70.
Lex 7. §. 5. D. de reb. eor. qui sub tut. das jus ret. aus ihr §. 68. lit. c.
Lex 4. u. 22. Cod de usur. deren Erklärung §. 70.
Lex 12. D. de vi et vi arm. deren Erklärung §. 44. S. 142. §. 50. S. 164.
Litteratur des Retentionsrechts S. 16—27.
Locator, dessen jus ret. an der res locata §. 28. §. 63. lit. h.
Lohnbedienten, deren jus ret. §. 58. lit. g.

Magister navis, dessen jus ret. gegen die vectores ex lege 2. pr. D. de lege Rhod. de jacta §. 57. S. 183 seq.
Mandator, dessen jus ret. §. 57. lit. d. §. 63. lit. f.

Methode der früheren Behandlung des Retentionsrechts §. II. der Einleit.
Mißbrauch der res retenta, erlöscht durch ihn das jus ret.? §. 91.

Naturalobligation genügt zum jus ret. §. 9. S. 55. §. 36.
Notarius, dessen jus ret. §. 57. lit. d.
Novatio am jus ret. §. 89. lit. g. auch not. 4. an der Foderung §. 94. S. 356.

Pactum de non petendo, dessen Wirkung auf das jus ret. §. 94.
Pensare und Pensatio §. 2. S. 35. §. 62. S. 221 seq.
Pfandgläubiger, dessen jus ret. §. 59. lit. n. §. 63. lit. e. am Pfande für deren nicht begriffene Foderungen §. 69—71. s. auch §. 50. S. 163. 164.
Pfandrecht, dessen Unterschied vom jus ret. §. 4. 11. dessen Verwandtschaft mit ihm §. 12. 13.
Pfändung, deren Unterschied vom und Aehnlichkeit mit dem jus ret. §. 14. 66. S. 233.
Possessio civilis, deren Verhältniß zum jus ret. §. 20 seq. malae fidei dem jus ret. §. 9. S. 55. §. 13. S. 63. §. 23. 24. naturalis, als Requisit des jus ret. §. 13. S. 63. §. 19. vitiosa bei dem jus ret. §. 9. S. 55. §. 13. S. 63. §. 23. 24.
Possessor bonae fidei, dessen jus ret. §. 56 lit. b. §. 59. lit. t. o.
Procurator, dessen jus ret. §. 57. lit. n. u. d.
Proprietor, dessen jus ret. gegen den Usufructuar §. 63. lit. i. auch §. 28.
Protestatio, deren Unterschied von dem jus ret. §. 14.

Quasi-possessio gewährt auch das jus ret. §. 22.
Quellen des Retentionsrechts S. 1—8.

Rechtsgrund, als Requisit des Retentionsrechts §. 18.
Redimens ab hostibus, dessen jus ret. §. 58. lit. l.
Remedia possessionis gewährt das jus ret. nicht §. 81.
Repressaliae, deren Unterschied von dem jus ret. §. 5. S. 46. §. 14.
Requisite des jus ret. §. 17. Gefahr des Verlustes der Foderung ist kein Requisit §. 5. S. 45. in fin.
Res alteri debita, gehört zum jus ret. S. 103.
Res incorporalis s. Sache.
Resolutivbedingung bei dem jus ret. §. 39. S. 128. §. 89. lit. c. S. 336.
Restitutio in integrum s. Wiedereinsetzung ꝛc.
Retention, widerrechtliche, wirkt Pflicht zur Entschädigung S. 281.
Retentiones ex dote S. 2—7. §. 1. not. 3. §. 44. S. 141. §. 45. S. 145 seq.
Retentionsgegner §. 35. Rue gegen ihn wirkt das jus ret. §. 77.
Retentionsrecht, Begriff §. 3. Natur §. 1—16. §. 25. S. 95 sq. und die Vorrede. die demselben entgegenstehende Regel §. 15. S. auch jus retentionis.
Retinent, kann er zur Einklagung seiner Foderung genöthigt werden? §. 84.
Retinere und Reteotio, deren Bedeutung §. 2.
Roßdörzte, deren jus ret. §. 58. lit. g.

Sache, als Requisit des jus ret. §. 26 seq. eines Dritten, Retentionsrecht daran §. 29. eines Dritten, von welcher der Schuldner später Eigenthümer wird §. 30. an eigener findet das jus ret. statt §. 28.

Muß sie Sicherheit gewähren und in einem Verhältniß zur Größe der Forderung stehen? §. 31. Zum Lebensbedarf oder Geschäft unentbehrliche §. 32. unkörperliche ist auch Gegenstand des jus ret. §. 22. 27. Wirkung des Untergangs derselben auf das jus ret. §. 93.

Sachwalter, dessen jus ret. §. 57. lit. d.

Schenkwirth, dessen jus ret. §. 58. lit. i.

Schiffsrheder, dessen jus ret. §. 58. lit. i.

Schriftsteller, dessen jus ret. am Manuscript §. 58. lit. f.

Schuldner, bei dem jus ret. §. 35. dessen jus ret. am Schuldbetrage §. 62. lit. d. dessen Anregung zur Zahlung als Zweck des jus ret. §. 73.

Schüler, dessen jur. ret. §. 58. lit. k. vergl. mit §. 42. Not. 4.

Selbsthülfe, ist das jus ret. erlaubte? §. 15. Verlust des Retentionsrechts durch sie. §. 89. lit. f.

Spediteur, dessen jus ret. §. 57. lit. w.

Speisewirth, dessen jus ret. §. 58. lit. i.

Spottenklage steht dem Retinenten nicht zu. §. 81.

Stallwirth, dessen jus ret. §. 58. lit. h.

Subsidiäre Klagen, werden sie vom jus ret. ausgeschlossen? §. 87.

Synonyma für jus ret. §. 2.

Umfang des jus ret. §. 13. S. 63.

Veräußerung der res retenta ist nicht Wirkung des jus ret. §. 75. wenn ist sie erlaubt? §. 76. S. 279 sq.

Verkäufer, dessen jus ret. §. 28. S. 101. §. 59. lit. o.

Vormund, dessen jus ret. gegen den Mündel §. 63. lit. g.

Waffen, jus ret. an ihnen §. 32.

Wegfall des Rechts des Verleihers des jus ret. und des Rechts jedes Retentionsgegners auf die res retenta als Erlöschungsgründe des jus ret. §. 89. lit. d. e. S. 336 seq.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei dem jus ret. §. 82. 94.

Wiederverkäufer, dessen jus ret. §. 28. S. 101. §. 59. lit. v. §. 71. lit. n.

Zahlung, deren Wirkung auf das jus ret. §. 94.

Zeitablauf beim jus ret. §. 89. lit. b. S. 334 seqq.

Zwecke des jus ret. §. 73.

698700

Druckfehler.

S. 21. Z. 4. von oben statt: wenn lies wenn.
S. 33. Not. 1. Z. 3. v. ob. statt: ok lies ore.
S. 94. Z. 10. v. unt. statt: fides lies fidei.
S. 102. Z. 9. v. unt, statt: h) lies i).
S. 131. Z. 7. v. unt. statt: Lequidität lies Liquidität.
S. 145. Z. 5. v. ob. statt: 72 lies 66.
S. 158. Z. 10. v. ob. statt: cauventiune lies cauventiuni.
S. 159. Z. 14. v. ob. statt: nützen lies nutzen.
S. 192. Z. 2. v. unt. statt: vergleicht lies verleiht.
S. 195. Z. 15. v. unt. statt: der ob hostibus redempti lies an den ab hostibus redemptis.
S. 199. Z. 14. v. unt. statt: 17 lies 71.
S. 241. Z. 17. v. ob. statt: creditore lies debitore.
S. 307. Z. 10. v. ob. statt: memoretum lies memoretum.
S. 315. Z. 16. v. unt. statt: gewinnen [a]) lies gewinnen [3]).

Juriſtiſche Schriften,

welche bei dem Verleger des Vorſtehenden erſchienen ſind.

Asverus, Dr. G., commentarii ad const. XX. Cod. de fide instrumentorum nec non ad cap. II. Novellae constitutionis XLIX. specimen. gr. 8. 1834. . . . . 4 gr.

Blumme (Blume), Dr. F., dissertatio de geminatis et similibus quae in Digestis inveniuntur capitibus. gr. 8. 1821. . . . 6 gr.

Brondis, Dr. F. H., Abhandlungen aus dem Civilproceß I. Ueber den Zeitpunkt, mit welchem die Nachtheile des Ungehorſams eintreten. gr. 8. 1834. . . . . 16 gr.

Emminghous, Dr. G., Corpus Juris Germanici tam publici quam privati academicum. 2 Bde. gr. 8. 1824. . . . 5 Thlr. 8 gr.

Goupp, Dr. C. Th., über deutſche Städtegründung, Städteverfaſſung und Weichbild im Mittelalter. 8. 1824. . . . 1 Thlr. 12 gr.

Georgiſch, D. Pet., Einleitung zur allgemeinen Staats-Hiſtorie des deutſchen Reichs, ſowohl als derer übrigen Europäiſchen Reiche und Staaten. 8. 1737. . . . . 10 gr.

Gundlingii, N. H., singularia ad legem Majestatis, itemque de silentio in hoc crimine. 4. 1737. . . . . 6 gr.

Hellbachii, J. Chr. Th., selecta criminalia de marito hebraico et christiano, una uxore non contento. 4. 1747. . . . 20 gr.

Hoffmanni, Christ. Godofr., historia juris Romano-Justinianei. II. Vol. 4. 1734. . . . . 2 Thlr. 8 gr.

— — praecognita generalia jurisprudentiae, in quibus de varia studii juridici methodo etc. agitur. 4. 1723. . . . . 5 gr.

Hudtwalker, Dr. M. H., Ueber die öffentlichen und Privat-Schiedsrichter (*Diaeteten*) in Athen und den Proceß vor denſelben. gr. 8. 1812. . . . . 1 Thlr.

Lünigii, J. Christ., Orationes procerum Europae eorundemque Ministrorum ac Legatorum ut et virorum celeberrimorum, Partes III. 8. 1713. 1 Thlr. 12 gr.

Martin, Dr. Chr., Auswahl der Literatur des Criminalrechts. 1835. geh. 2 gr.

Prozeß, der Preußiſche, ohne die ihm zum Vorwurf gemachten Mängel, und unter Aufnahme der Oeffentlichkeit der Rechtspflege. Von einem preußiſchen Rechtsgelehrten (Reigebauer), mit einer Vorrede von Dr. Arn. Mollinckrodt. gr. 8. 1819. . . . . 1 Thlr.

Schmid, Dr. K. E., der Büchernachdruck aus dem Geſichtspunkte des Rechts, der Moral und Politik. Gegen Dr. L. F. Grieſinger. 8. 1823. geh. 18 gr.

B.21.2.267
B.N.C.F.
FIRENZE